

L'ÉGALITÉ DES ÉPOUX EN DROIT ALLEMAND

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 29 juin 1963

PAR

CATHERINE RIOU

MEMBRES DU JURY :

Président : M. René DAVID, Professeur

Suffragants { M. CARBONNIER, Professeur
M. DESBOIS, Professeur

P A R I S
LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND AUZIAS
20, Rue Soufflot, 20
1965



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546325_0028

L'ÉGALITÉ DES ÉPOUX EN DROIT ALLEMAND

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 29 juin 1963

PAR

CATHERINE RIOU

MEMBRES DU JURY :

Président : M. René DAVID, Professeur

Suffragants { M. CARBONNIER, Professeur
M. DESBOIS, Professeur



P A R I S

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON ET R. DURAND AUZIAS

20, Rue Soufflot, 20

1965

*La Faculté n'entend donner ni approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses. Ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.*



ABRÉVIATIONS

I. — Abréviations françaises

Bull. civ.	Bulletin civil des arrêts de la Cour de Cassation.
C.R.C.C.	Commission de réforme du Code civil.
D.	Recueil Dalloz.
G.P.	Gazette du Palais.
J.C.P.	Juris-Classeur périodique ou Semaine juridique.
J.O.	Journal officiel.
Pas.	Pasicrisie belge.
R.I.D.C.	Revue internationale de droit comparé.
R.T.D.C.	Revue trimestrielle de droit civil.
R.T.D. Com.	Revue trimestrielle de droit commercial.
S.	Recueil Sirey.

II. — Abréviations allemandes

AcP	Archiv für die civilistische Praxis.
AmtsG	Amtsgesicht (comparable au tribunal d'instance).
Anm.	Anmerkung (Remarque ou observation).
BArbG	Bundesarbeitsgericht (Cour fédérale en matière de droit du travail).
BayObLG	Bayerisches Oberlandesgericht (Cour de révision de Bavière, qui statue en troisième instance en matière de droit local).
BB	Betriebsberater.
BFinH	Bundesfinanzhof (Cour fédérale en matière financière).
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil).
BGH	Bundesgerichtshof (Cour fédérale en matière civile).
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in zivilsachen (Recueil des arrêts de la Cour fédérale en matière civile).
BRD	Bundesrepublik Deutschland (République fédérale allemande).
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle fédérale).
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht (Cour fédérale en matière administrative).
BTDr.	Bundestag Drucksache (Journal officiel du Bundestag).
DDR ou RDA	Deutsche demokratische Republik (République démocratique allemande).

DJ	Deutsche Justiz.
DJT	Deutscher Juristentag.
DRiZ	Deutsche Richterzeitung.
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift.
EheG	Ehegesetz (Loi sur le mariage du 20 février 1946).
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Revue de droit de famille).
GBO	Grundbuchordnung (Loi sur le livre foncier).
GG	Grundgesetz (Loi fondamentale).
GlbG	Gleichberechtigungsgesetz (Loi sur l'égalité de l'homme et de la femme).
HöfeO	Höfeordnung.
JR	Juristische Rundschau.
JW	Juristische Wochenschrift.
JZ	Juristen Zeitung.
KG	Kammergericht (Cour d'appel de Berlin).
KO	Konkursordnung (Loi sur la faillite).
LG	Landgericht (comparable au tribunal de grande instance).
LAG	Landesarbeitsgericht (Tribunal du travail).
MDR	Monatschrift für deutsches Recht.
NJ	Neue Justiz (Revue juridique de la RDA).
NJW	Neue juristische Wochenschrift.
OLG	Oberlandesgericht (Cour d'appel).
OVG	Oberverwaltungsgericht (Cour d'appel en matière admi- nistrative).
RAG	Reichsarbeitsgericht (Tribunal d'Empire en matière de droit du travail).
RG	Reichsgericht (Tribunal d'Empire).
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in zivilsachen (Recueil des arrêts du tribunal d'Empire en matière civile).
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung.
StGB	Strafgesetzbuch (Code pénal).
VG	Verwaltungsgericht (Tribunal administratif).
ZPO	Zivilprozessordnung (Code de Procédure civile).

INTRODUCTION

I. — Le droit est lié à l'évolution des structures sociales, économiques et politiques; il l'est aussi aux conceptions et idéaux d'un milieu; le droit de la famille l'est peut-être plus que tout autre.

Parmi les transformations subies par la civilisation du ^{xx}^e siècle, il en est une qui nous paraît fondamentale : la tendance à consacrer l'égalité de l'homme et de la femme.

Ce phénomène est général : on peut en vérifier le développement dans de très nombreux pays aussi différents que la Belgique et le Japon, la France et l'U.R.S.S. La mise en œuvre de cette idée est apparue également nécessaire en République fédérale allemande, où les réformes furent introduites par un gouvernement chrétien-démocrate, et en République démocratique allemande, où l'égalité des sexes fut réalisée par application des principes socialistes; une même réforme accomplie par deux pays aussi opposés dans leur politique que dans leurs idéaux suscite la curiosité.

La mise en œuvre de l'égalité de l'homme et de la femme est aussi un phénomène « global » en ce sens qu'il n'épargne aucune des données dont vit une société : il modifie les conditions du travail, la vie politique, la structure familiale; il met en cause les conceptions religieuses, morales ou simplement psychologiques des relations humaines.

C'est pourquoi le problème de l'égalité des sexes demeure ambigu et confus car il est lié autant aux modifications des structures sociales et économiques et aux exigences de la vie moderne qu'à l'évolution des idées sans que l'on puisse distinguer ce qui est cause ou effet parmi ces facteurs.

Enfin la mise en œuvre de l'égalité de l'homme et de la femme dans le droit de la famille, pose un problème très délicat parce qu'il est principalement d'ordre idéologique, et parce qu'il touche au fondement même de l'ordre social; il convient de le dépolitiser en enrecherchant les sources et les conséquences.

II. — L'égalité des sexes est le résultat des transformations économiques et sociales intervenues dans la société contemporaine. L'industrialisation et l'urbanisation ont désagrégé la famille rurale traditionnelle, et modifié les rôles de l'homme et de la femme dans la société. Ceci est fondamental car la nature des relations humaines et des rapports entre époux notamment, est principalement déterminée par le rôle social joué par les individus.

Si la famille rurale demeure plus nettement dominée par l'autorité d'un chef de famille, n'est-ce pas surtout parce que le mari dirige aussi une exploitation? Dans la famille urbaine au contraire, la répartition des fonctions au sein de la famille est moins nette et moins nécessaire. L'industrialisation a entraîné une modification de la nature du travail féminin. L'entrée des femmes dans le monde du travail n'est pas un fait nouveau; la femme travaillait autant dans l'exploitation agricole qu'elle ne le fait actuellement à l'usine ou dans les bureaux; mais la nature de son travail s'est modifiée en même temps que la société bureaucratique et administrative offrait aux femmes des emplois nouveaux. N'est-ce pas une des causes principales du développement de l'égalité des sexes, car dans la société urbaine il est souvent indifférent, pour bon nombre d'emplois, qu'ils soient occupés par des hommes ou par des femmes?

Enfin les guerres mondiales n'ont fait qu'accélérer le mouvement déjà amorcé. Sous la pression des nécessités les femmes durent remplir, qu'elles le veuillent ou non, sur le plan social et familial, des fonctions traditionnellement réservées aux hommes; elles sont devenues responsables de la subsistance et du maintien de la famille. Les guerres ont eu ceci d'original qu'elles ont touché toutes les catégories sociales et non pas le seul prolétariat ouvrier.

L'analyse marxiste a sa part de vérité en ce domaine : il est vrai que l'égalité de l'homme et de la femme trouve sa cause dans les bouleversements des structures sociales et économiques.

Cependant l'atteinte portée à la famille est difficile à apprécier : il nous semble en effet malaisé de déterminer avec exactitude si la structure familiale conditionne la nature des rapports humains au sein du groupe ou, au contraire, si la nature de ces rapports imprime à la famille sa structure propre, ces deux facteurs réagissant l'un sur l'autre. Au temps où la famille s'étendait à de nombreuses personnes et où l'accent était mis sur la famille par le sang au détriment de la famille par le choix créée par le mariage, un chef pourvu d'une autorité spéciale sur ses membres était nécessaire à sa cohésion; la structure d'une famille étendue semblait appeler un principe d'autorité qu'il conditionnait la nature hiérarchique des rapports familiaux.

De nos jours, le groupe familial s'est principalement réduit au couple, mari et femme et à leurs enfants, et un principe d'autorité apparaît moins vital. La famille prenant un sens plus personnel, la nature des rapports entre époux devient déterminante; elle va décider du contenu de leurs droits et devoirs réciproques, de la position morale

de l'homme et de la femme au sein du ménage et par suite de la structure sociale de la famille.

La famille reste un fait social, mais elle est ressentie aussi comme un fait personnel résultant de la libre décision des personnes tant dans sa création que dans sa durée.

Construire les rapports conjugaux sur un principe d'égalité atteint la nature traditionnelle des rapports de l'homme et de la femme et par contre-coup seulement la structure de la communauté qu'ils ont formée par le mariage.

La grande difficulté de ce problème nous semble tenir actuellement au fait suivant : les comportements se sont bien modifiés et la femme tend de plus en plus à être, en fait, considérée comme une égale et une associée, mais les conceptions relatives à la famille et aux situations respectives des époux, demeurent inchangées. C'est pourquoi l'adaptation juridique de la structure familiale à un style de rapports humains nouveaux se heurte à tant d'oppositions.

Ceci nous montre que toute étude quelque peu approfondie du droit familial, ne peut se contenter d'être strictement juridique; elle doit être aussi sociologique.

III. — L'égalité de l'homme et de la femme est une exigence de la vie moderne; cela explique que cette idée soit acceptée par de nombreux pays. Sur le plan social, aucun État moderne ne saurait en effet se passer du travail des femmes et sur le plan familial nombreux sont les ménages qui ne pourraient vivre sans l'apport du salaire de la femme.

Les conditions actuelles de la vie, les exigences du commerce ou des administrations, la protection même de la famille imposent que la femme puisse agir sans avoir besoin de requérir à tous propos une autorisation maritale; il est utile qu'elle puisse sans habilitation judiciaire spéciale, sinon prendre en main l'administration du patrimoine des époux ou des enfants, du moins accomplir certains actes de gestion. Sans exclure les cas parfois tragiques des femmes des prisonniers de guerre, des déportés et des réfugiés politiques, il n'est pas rare que la mobilité sociale ou les nécessités professionnelles ou encore la maladie imposent aux époux des séparations temporaires, qui peuvent laisser la femme seule responsable de la vie du foyer.

IV. — Enfin l'égalité des sexes n'est pas seulement un phénomène social, ni une exigence pratique, c'est aussi une option politique. Elle est apparue historiquement comme une idée progressiste, car ce sont les partis socialistes qui l'ont exprimée sur le plan politique. Il n'est pas étonnant que les mouvements féministes soient nés et aient acquis une certaine audience en même temps que les mouvements ouvriers car les uns et les autres sont la conséquence de la révolution industrielle.

L'égalité des sexes s'est présentée comme une revendication de liberté et d'indépendance de la femme. C'est pourquoi l'émancipation

des femmes est volontiers citée comme une des conquêtes socialistes. Elle est apparue et demeure pour certains esprits un principe individualiste d'autonomie des personnes et surtout de la femme qui devait se libérer, par son travail, du joug marital. Les pays socialistes ont suivi la ligne que leur dictait leur idéal politique : le principe d'égalité entraîna d'immédiates réformes du statut de la femme dans la société et dans la famille ainsi que des programmes politiques de promotion sociale des femmes. Ces réformes sont d'abord l'application d'une idée politique.

Celle-ci ne pouvait pas rester sans écho; elle provoqua des réactions opposées fondées sur l'opinion exacte de l'incompatibilité de la vie familiale et de la liberté totale des êtres. Débats idéologiques, dialogues sans issue, qu'on ne doit pas négliger, car ils constituent les principales entraves à une saine application de l'égalité des époux.

Ce principe a pourtant progressé dans tous les pays. C'est aussi un problème politique pour certains d'entre eux qui professent un idéal chrétien, libéral et volontiers traditionnel. En Allemagne fédérale, contrairement à la France ou à l'Italie, la mise en œuvre de l'égalité de l'homme et de la femme fut un problème constitutionnel. L'égalité est un « droit fondamental » inscrit dans l'article 3 alinéa 2 de la Loi fondamentale du 23 mai 1949; comme tel, il s'imposait à tous et devait être respecté par les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Le législateur n'étant pas intervenu à temps pour adapter le droit de la famille au principe nouveau, il s'ensuivit une situation curieuse : l'article 3 alinéa 2 s'appliqua immédiatement en l'absence de toute règle législative. Ceci témoigne de l'importance attachée Outre-Rhin à la concrétisation du concept d'égalité. Que son application sans délai ait eu aux yeux du gouvernement et des tribunaux de l'Allemagne fédérale une telle urgence, a de quoi surprendre un juriste français. Pourquoi n'avoir pas attendu la promulgation imminente d'une loi d'adaptation qui eût ainsi facilité la tâche des tribunaux? C'est qu'il s'agissait d'un problème politique, les Allemands voulant démontrer après l'expérience du national-socialisme, qu'ils étaient capables de soumettre leurs institutions à une Constitution démocratique et libérale; il fallait donc l'appliquer intégralement et sans délai, malgré les difficultés techniques et la pression des tendances conservatrices.

Ainsi l'idée d'égalité dépasse le cadre du pur droit privé : ce n'est pas un procédé d'amélioration de la technique juridique, c'est un concept philosophique, issu du droit naturel, conforme à une certaine idée de la justice, et qui, comme tous les grands thèmes politiques, comporte une large part d'idéologie et, disons le mot, de passion.

Est-ce à dire que droit socialiste et droit libéral se sont rejoints sur ce point? Quand bien même leurs lois seraient semblables, une telle affirmation demeurerait partiellement fausse; ces grands systèmes de droit s'opposent dans leur esprit et c'est là une différence fondamentale. L'idée d'égalité n'est pas utilisée aux mêmes fins : en U.R.S.S., malgré le regain de faveur apporté à la famille, l'égalité

reste marquée par ses origines révolutionnaires; elle fait l'objet d'une politique systématique; sur le plan individuel, elle sert un idéal de liberté et sur le plan social, elle est utilisée dans un but politique : l'accroissement de la main-d'œuvre féminine. Dans les pays libéraux, l'égalité est plutôt liée à la conception actuelle du droit naturel : elle exprime une certaine conception de la dignité de la personne en même temps qu'elle est jugée conforme aux exigences du monde moderne; elle ne tend ni à détruire, ni à révolutionner l'institution familiale mais à lui donner le fondement nouveau qu'exigent les transformations des structures sociales; elle répond à la volonté de donner à la famille une assise morale nouvelle, fondée sur la solidarité des époux qui se révèle être la conséquence de l'égalité des êtres. Le travail de la femme peut en être la cause ou le résultat; il n'est en aucune manière l'objectif que l'on recherche.

V. — Réformer le droit de la famille en imprimant aux rapports conjugaux un caractère égalitaire, c'est modifier la structure même du ménage. Il s'agit donc moins d'une réforme technique que d'une réforme sociale, d'un caractère particulier cependant, dû à la spécialité des rapports humains au sein de la famille.

En ce qui concerne les rapports personnels entre époux, un changement de conception philosophique ne modifie que très peu les solutions offertes par le droit et ceci pour deux raisons complémentaires : d'une part l'harmonie souhaitable des rapports familiaux ne dépend pas de la réglementation juridique objective à laquelle ils sont théoriquement assujettis, d'autre part la technique juridique est presque absente en ce domaine; les règles de droit qui régissent les rapports personnels des époux ont un caractère de généralité et souvent un contenu moral qui s'allie mal avec la précision nécessaire à toute technique.

Sur le plan psycho-sociologique, il n'est pas de règle que les époux recherchent par des procédés de technique juridique la solution de leurs différends; ils n'en appellent au juge que rarement car la solution des mésententes conjugales, dans un droit qui connaît le divorce, ne dépend que de façon très exceptionnelle d'une décision judiciaire. La paix dans le ménage relève du for interne.

L'abrogation de la prééminence maritale ne bouleverse pas vraiment l'ordre juridique car il n'y a que peu de différence, quant à leur mise en œuvre technique, entre deux règles juridiques qui procèdent pourtant de deux conceptions différentes de la famille.

C'est pourquoi l'analyse des réformes du droit familial peut, à première vue, décevoir; étant donné l'importance attachée au débat qu'elles ont provoqué, nous serions presque en droit d'attendre des œuvres révolutionnaires. Or il n'en est rien et nous serons amenés à nous demander parfois, à propos de la loi dite d'égalité promulguée en Allemagne fédérale le 18 juin 1958, si « la montagne n'a pas accouché d'une souris ».

Ceci nous semble tenir au rôle du droit, en tant que tel, appliqué

aux rapports conjugaux. Les problèmes de famille, dans la mesure où ils touchent aux bases mêmes de l'existence, ne peuvent se réduire à n'être que des problèmes juridiques. Le rôle du droit est contesté dans un domaine essentiellement personnel, affectif et psychologique. Si le droit a comme but premier de garantir une certaine harmonie des rapports humains, force est de reconnaître qu'il échoue dans les rapports de famille car aucune règle, aucun jugement ne fera le bonheur des époux. Et cette donnée spécifique du mariage, que l'on ne rencontre dans aucun autre contrat est renforcée à notre époque par le fait que l'union conjugale est plutôt considérée comme une condition vitale d'épanouissement des êtres que comme une simple institution sociale. Sous cet aspect le droit saisit plus difficilement encore les rapports conjugaux.

Contesté dans son aspect normatif, le droit l'est aussi dans son rôle de sanction : les sanctions offertes par le droit sont jugées inefficaces là où il s'agit d'aider deux êtres à vivre ensemble.

Cependant, bien que les liens familiaux se situent à la limite du juridique, il n'est pas de système de droit qui n'en contienne une réglementation le plus souvent impérative et il n'est pas de matière qui donne lieu à autant de procès. C'est pourquoi il nous sera nécessaire de rechercher quelle place le droit peut et doit tenir en matière de rapports de famille. Le rôle du droit ne sera probablement pas le même qu'en matière de droit des obligations par exemple, mais il n'est pas pour autant condamné à être négligeable, car il doit en ce domaine « s'efforcer de remonter aux causes des catastrophes ».

Le mariage affecte l'état des personnes mais il n'épargne pas le statut de leurs biens. Le code civil français, par l'importance accordée à la réglementation des régimes matrimoniaux, a pu au contraire créer l'illusion que l'union des biens prime l'union des personnes; ceci s'explique : d'une part le droit régit plus aisément les rapports pécuniaires que les rapports personnels et, d'autre part, les considérations patrimoniales ont pu avoir dans la société aristocratique et bourgeoise une influence déterminante sur l'union des personnes par le mariage. La modification de la composition des patrimoines, les aspirations et idéaux modernes, les mœurs actuelles ont rendu à la famille une signification plus personnelle. C'est pourquoi le fondement des rapports entre les personnes est essentiel : le ménage aura une physionomie et une expression juridique différentes selon qu'il est fondé sur un principe de hiérarchie ou d'égalité. Le principe d'égalité va donc dominer tout le droit matrimonial. On ne peut y soumettre les rapports personnels et exclure de son application les rapports pécuniaires car les biens sont toujours le prolongement nécessaire de la personne. Le droit des régimes matrimoniaux exprime aussi les conceptions traditionnelles du mariage et le statut juridique des biens détermine les pouvoirs et la capacité des personnes.

Bien que les textes ne le révèlent pas toujours, les réformes du droit de la famille qui mettent en œuvre le principe d'égalité des époux sont d'une importance capitale tant sur le plan juridique que social.

Une modification des conceptions et de l'esprit qui animent une législation est beaucoup plus essentielle que ne le sont des réformes de pure technique. L'application concrète de l'égalité des époux peut être de nature à modifier les mœurs, même si une telle réforme semble être imposée par les faits. Or un changement des comportements sociaux à l'égard d'un acte aussi fondamental que le mariage, revêt une signification profonde. Le droit matrimonial apparaît comme l'expression juridique d'un fait sociologique et d'idées morales ou philosophiques, et non comme un mécanisme de technique juridique.

VI. — A une époque où la France projette une réforme du droit patrimonial de la famille et où la communauté conjugale suscite l'intérêt des sociologues et psychologues, le problème de l'égalité des époux et la façon dont les législations étrangères y ont répondu, méritent l'attention.

L'étude des droits étrangers de la famille peut pourtant paraître théorique et sans portée pratique; la famille, dit-on, est trop étroitement liée aux traditions et aux mœurs propres à chaque nation : les institutions nationales d'un pays ne sauraient servir d'exemple à d'autres. L'unification du droit en cette matière ne semble ni souhaitable ni possible; le droit du mariage n'est pas une matière internationale.

Nous croyons cependant que l'intérêt demeure grand d'analyser les créations juridiques de pays voisins du nôtre. Une telle étude dévoile la similitude des problèmes et parfois des réponses qui y sont apportées. Elle seule nous permet de prendre conscience de notre propre droit dont les qualités ou les défauts, les lacunes ou les avantages ressortent avec plus de netteté. Par suite, il devient possible de porter sur nos propres institutions un jugement de valeur plus objectif et plus libre.

De plus il est utile de rechercher quelles différences peuvent opposer deux droits qui, puisant leur technique et leurs solutions aux mêmes sources, appartiennent à ce titre à la même « famille ». Le droit français et le droit allemand ont, dans les droits romain et canonique, des auteurs communs. Sont-ils pour autant toujours frères? Nous serons amenés à vérifier que certains événements tels que la codification tardive du droit civil allemand, les méfaits du national-socialisme et la réaction peut-être outrancière qui conduit maintenant les juristes allemands à une conception très rigide de la « primauté du droit », ont imprimé au droit d'Outre-Rhin un esprit parfois éloigné de notre propre manière d'appréhender les problèmes juridiques. Il importe de mesurer ces distances afin de pouvoir juger des chances et des intérêts d'un éventuel rapprochement des droits.

Car l'étude d'un droit étranger n'est pas dénuée d'intérêt pratique, notamment lorsque la comparaison est établie entre deux pays qui professent un même idéal et dont la structure sociale est comparable, comme l'Allemagne et la France. La multiplication des mariages entre époux de nationalités différentes, surtout au sein de l'Europe,

rend souhaitable une certaine harmonisation des droits. Celle-ci n'est pas une entreprise impossible : s'il est vrai que les institutions familiales dépendent des traditions locales ou nationales, l'histoire du droit ne manque pas d'exemples d'adoption par certains pays ou certaines régions d'institutions d'origine étrangère; il suffit de voir comment le régime matrimonial de communauté a progressivement pénétré, sous forme de régime conventionnel, dans les pays de droit écrit attachés pourtant au régime dotal. Lorsque furent rédigés le Code civil et le BGB, leurs auteurs ont voulu unifier le droit des régimes matrimoniaux, différent dans chaque région et ils y ont réussi sans s'être laissés arrêter par la résistance possible des traditions locales.

Enfin le hasard veut parfois que le rapprochement des droits se fasse plus aisément dans des matières apparemment irréductibles à l'harmonisation plutôt que dans d'autres où celle-ci, pour être plus nécessaire, ne s'en révèle pas moins lente et épineuse.

Nous avons choisi d'étudier le droit allemand de la famille pour des raisons diverses dont les principales sont, le caractère récent de la réforme, les problèmes posés par l'application du principe d'égalité l'intérêt que les juristes d'Outre-Rhin y ont porté et enfin la communauté qui existe malgré tout entre nos deux systèmes juridiques et qui rend le choix moins arbitraire.

VII. — Il nous est apparu que, en appliquant un principe d'égalité aux rapports conjugaux, le législateur et les tribunaux allemands ont poursuivi deux buts principaux : établir une solidarité entre époux pour tout ce qui concerne la vie familiale et garantir l'autonomie de chacun en tant qu'individu, sujet de droits. Ces buts apparemment contradictoires sont en réalité complémentaires car seule l'autonomie des personnes fait naître leur responsabilité et par suite leur solidarité lorsqu'elles sont unies par le mariage. Nous vérifierons cette affirmation, en étudiant, dans une première partie, le principe d'égalité en lui-même, dans une seconde partie l'application de ce principe aux rapports personnels des époux, la troisième partie étant consacrée à l'étude de leurs rapports pécuniaires.

PREMIÈRE PARTIE

LE PRINCIPE D'ÉGALITÉ
DES ÉPOUX

1. — Toucher à la structure familiale fait apparemment trembler les bases mêmes de la société. Si des réformes de détail peuvent être aisément introduites dans la technique du droit de la famille, une réforme d'envergure qui prétend atteindre aux principes fondamentaux apparaît, en revanche, volontiers comme une révolution. Il en est ainsi de l'application de l'égalité des époux aux rapports conjugaux.

Pourtant, malgré le frein que constituent les conceptions traditionnelles, le principe d'égalité tend à se développer et à être effectivement appliqué dans tous les domaines du droit et dans tous les pays. Dans les pays socialistes, il s'agit de l'application d'une théorie, alors que dans les pays non socialistes, cette tendance doit plus à la pression des faits et à la transformation des structures sociales qu'à l'évolution des idées. Les changements subis par les droits français et allemand constituent des exemples intéressants du développement de cette tendance et de l'application de l'égalité des sexes dans le droit privé (Titre I).

Cependant, le droit de la famille demeure un des bastions de résistance à la mise en œuvre de l'égalité. Il apparaît donc utile de rechercher, à travers les législations qui l'ont adoptée, le sens qu'il prend et le but qu'il poursuit au sein du droit matrimonial (Titre II).

TITRE I

LA TENDANCE ACTUELLE A RÉALISER L'ÉGALITÉ DES ÉPOUX

2. — L'égalité de l'homme et de la femme fut réalisée d'abord sur le terrain du droit public. Il est effectivement plus aisé de l'admettre en ce domaine; d'une part le principe d'égalité n'y bouleverse pas directement les structures sociales, d'autre part son application en droit public ne suppose pas de modifications importantes des techniques juridiques; l'égal accès aux fonctions publiques ou le droit de vote des femmes ne soulèvent pas de difficultés insurmontables et semblent être désormais un fait accepté. Il est admis en Europe que la femme jouisse, dans la société, de droits égaux à ceux de l'homme (1). La plupart des Constitutions en proclament le principe (2), bien qu'il ne soit pas toujours appliqué avec une égale rigueur (3). La Déclaration universelle des droits de l'homme, dans son article 16, proclame l'égalité des sexes, ce qui témoigne de la reconnaissance mondiale, théorique, il est vrai, de ce principe.

(1) HÉMARD, Le statut de la femme en Europe occidentale au XX^e siècle, Recueil de la Société Jean Bodin, t. XII, p. 515 et suiv. Les services de l'Organisation des Nations Unies ont établi un tableau complet des droits de la femme dans le monde, 9^e Session 1955, Document A. 2 692.

(2) Art. 3 de la Constitution française du 4 octobre 1958, Art. 48 et 51 de la Constitution italienne du 27 décembre 1947, Art. 2 de la Loi belge du 27 mars 1948, Art. 3 de la Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949.

Sur la « politique » d'égalité des sexes en Union Soviétique, V.-A. PIERRE, Les femmes en Union Soviétique, leur rôle dans la vie nationale, Bibliothèque de Recherche sociale, 1960, p. 125 et suiv.

(3) En Suisse, seul le Canton de Vaud admet depuis 1959 le droit de vote des femmes. Au Portugal, ce droit est soumis à des conditions restrictives.

Les progrès de l'égalité des sexes, en droit privé, sont plus lents et plus difficiles. Ce principe met en cause la structure traditionnelle de la famille, et il implique de considérables modifications des techniques habituelles. Ainsi s'explique la résistance opposée par le droit de la famille à la mise en œuvre de l'égalité des époux. Cependant il n'a pas pu échapper au mouvement général; la condition de la femme s'est transformée au sein même de la famille et ce fait ne peut plus être méconnu. L'évolution du droit français en témoigne, de façon encore timide, il est vrai. Le droit allemand, au contraire, a délibérément et par voie constitutionnelle, imposé, au delà des résistances, la mise en œuvre du principe d'égalité dans le droit privé.

CHAPITRE I

L'évolution comparée de la notion de chef de famille et de la situation de la femme au sein du ménage

Section I

L'ÉVOLUTION DU DROIT FRANÇAIS (1)

3. — Rompant avec la tradition de certaines coutumes mais conforme à l'esprit du droit romain, le Code civil français consacrait, au profit du mari, le droit de puissance maritale et à la charge de la femme un devoir d'obéissance (2). Dans les termes, sinon dans les

(1) Cette question est trop connue pour qu'il nous paraisse utile d'y consacrer des développements importants.

(2) Il serait intéressant d'étudier les rapports entre la consécration de l'idée de puissance maritale et l'affermissement de l'absolutisme royal. L'évolution politique n'est pas sans influence sur l'orientation du droit privé.

Il est significatif que les penseurs traditionnalistes français, tel que BONALD, conçoivent la famille sur le même modèle que l'État. Chez BONALD, le mari est comme le roi, un chef de droit divin; la femme apparaît comme son ministre, et comme telle, elle participe de la condition de l'enfant, lequel est un « sujet » qui reste sous tutelle; comme l'enfant la femme est sous l'autorité du mari; mais elle participe aussi de la condition du roi dans ses rapports avec les enfants seulement, sur lesquels elle peut, par délégation, exercer une partie de l'autorité détenue par le père.

Il est étonnant de constater que la Révolution française n'a pas été favorable aux droits des femmes, comme l'atteste l'échec du projet de Cambacérès consacrant l'égalité. Pourtant les philosophes du XVIII^e avaient maintes fois soulevé le problème et nul mieux que Diderot n'a su exprimer avec autant de force sa foi dans la dignité de la femme et son mépris pour l'injustice dont celle-ci est victime dans la société.

mœurs (3), cette puissance était un droit général qui s'analysait comme un droit sur la personne même de la femme : contrôle de ses activités, de sa correspondance (4).

Juridiquement, l'incapacité de la femme venait compléter son devoir d'obéissance, en l'obligeant à obtenir l'autorisation de son mari pour l'accomplissement de tout acte juridique. Si on attendait de la femme qu'elle donnât un consentement libre et responsable pour se marier, on considérerait néanmoins juste qu'une fois mariée elle redevînt incapable; elle consentait à sa propre incapacité.

Cette incapacité générale eut pour conséquence d'imprimer à l'autorité maritale un caractère particulier : il s'agissait bien d'une autorité de contrôle mais d'un contrôle préalable à toute activité, car l'autorisation expresse du mari était exigée par la plupart des administrations (5).

Une telle situation semblait normale car la subordination de la femme, justifiée par son infériorité naturelle, trouvait un autre fondement dans la nécessaire unité de la famille. A ces deux fondements, soumission naturelle de la femme et nécessité organique d'unité familiale, correspondaient deux principes : dépendance personnelle et incapacité juridique de la femme mariée. L'organisation du régime matrimonial légal confirmait l'esprit de cette structure familiale, en accordant au mari tout pouvoir de gestion des biens communs et des biens propres de la femme, et en faisant de lui une sorte de propriétaire. Cependant l'idée d'unité de la famille représentée par le mari n'était pas un principe juridique, elle demeurait confuse, car le code se bornait, en matière patrimoniale, à organiser les intérêts individuels de chacun.

Le ménage, dans le Code civil, n'apparaît nullement comme une société de personnes égales. Outre la puissance maritale, les obligations qui découlent du mariage n'étaient pas strictement réciproques.

Le devoir de fidélité n'était réciproque qu'en théorie : l'obligation s'imposait bien aux deux époux légalement, mais elle était différemment sanctionnée. L'adultère du mari jouissait, contrairement à

(3) On constate que le renforcement de l'autorité du mari sur la personne de la femme apparaît souvent comme une réaction contre la licence des mœurs. La liberté des mœurs a toujours été fatale aux libertés juridiques des femmes : réaction anti-féministe que le développement à l'époque romaine de l'idée d'*infirmitas sexus*, au xvi^e siècle de l'idée d'incapacité générale de la femme mariée; le code civil fut rédigé après le Directoire, époque sans morale, et ses auteurs, Bonaparte surtout, ne l'ouïèrent pas.

(4) La jurisprudence du xix^e montre que l'interprétation des textes fut plus douce que ne pouvait le laisser prévoir la sévérité du code. V. VIALLETON, L'autorité maritale sur la personne de la femme, Thèse Montpellier 1919. Le problème du droit de correction fut discuté en France. La Cour de cassation en nia l'existence, Crim. 9 février 1923, D., 1924, I. . 114, « Attendu que l'exercice de l'autorité maritale en vertu de laquelle le mari avait agi ne pouvait comporter l'emploi d'un moyen de correction qui constitue une infraction à la loi pénale ».

(5) L'autorisation du mari était nécessaire pour demander un passeport, un permis de chasse, pour se faire inscrire dans une faculté, etc.

celui de la femme, de la tolérance des mœurs et la loi pénale fait encore preuve à son égard d'une bien moindre sévérité qu'à l'égard de la femme. Sur le plan du Droit civil, la réciprocité du devoir de fidélité pouvait être mise en échec par la possibilité accordée au seul mari de saisir la correspondance de sa femme et de prouver ainsi aisément l'adultère de celle-ci.

Le devoir d'entretien s'imposait principalement au mari et si la femme collaborait en fait aux charges du ménage par ses apports en dot et en communauté, cela se faisait en dehors de sa volonté.

La mère ne pouvait exercer, tant que durait le mariage, aucun des attributs de la puissance paternelle. Le Code civil la traitait comme une enfant.

4. — L'évolution postérieure du Droit civil français montre que cette conception patriarcale de la famille s'est modifiée dans les esprits et fut rongée petit à petit par des dispositions légales particulières, rendues nécessaires par la modification des structures sociales et l'évolution des mœurs (6).

Les lois promulguées à partir de la fin du XIX^e siècle ont détruit l'unité du Code civil sans pourtant réussir à s'y intégrer de façon harmonieuse. Ce furent les lois du 9 avril 1881, puis du 20 juillet 1895 autorisant les femmes à faire, sans autorisation, des dépôts et des retraits dans les Caisses d'épargne, puis la loi du 6 février 1893 donnant une capacité complète aux femmes séparées de corps; puis la loi du 13 juillet 1907 sur les biens réservés qui fut mal comprise et peu appliquée, enfin celle du 18 février 1938 qui supprima l'incapacité juridique de la femme mariée, dont l'application effective demeurerait liée à une modification correspondante des régimes matrimoniaux, laquelle se heurta à l'opposition du Sénat.

Cette loi n'était pas une révolution mais elle prouvait que les principes étaient ruinés.

La loi du 22 septembre 1942 fut une réforme plus cohérente. L'esprit en est sensiblement différent de celui du Code civil : la famille, par l'adoucissement de l'autorité maritale, est passée d'un type patriarcal autoritaire à un type paternaliste. Le pouvoir du « chef de famille » n'y apparaît plus comme un droit, mais comme une fonction et par conséquent comme une charge. Il devenait dès lors susceptible de contrôle en cas d'abus. La loi de 1942 consacrait de plus un système d'exercice successif de l'autorité : la femme pouvait, en cas de défaillance du mari, devenir chef de famille.

Cette conception reste traditionnelle dans la mesure où le principe d'une autorité unique confiée de droit au mari n'est pas contesté. Elle est neuve dans la mesure où cette autorité est donnée dans « l'intérêt de la famille » : à une nouvelle conception de l'autorité correspond une nouvelle conception de l'obéissance.

(6) Sur l'évolution de la jurisprudence en ce qui concerne le respect des droits personnels de la femme, voir *infra* p. 248.

Ainsi les deux attributs de l'autorité, ordonner et défendre, prennent un sens nouveau : ordonner, c'est donner des ordres mais c'est aussi mettre de l'ordre; défendre, c'est interdire mais c'est aussi protéger; il semble donc que ce soit dans la deuxième acception de ces termes qu'il faille comprendre le sens de l'autorité dans la famille (7). La prépondérance du mari sert moins l'unité que le bon ordre et la stabilité de la famille.

Cependant, dans cette conception, la femme est peut-être devenue l'auxiliaire de l'homme; elle n'est pas son égale (8).

5. — La Commission de réforme du Code civil qui, selon l'expression de M. Carbonnier, « a craint de ne pas paraître à la page » (9), a conçu les rapports des époux selon un principe d'égalité stricte, tant en ce qui concerne leurs rapports personnels qu'au regard de leurs droits sur leurs enfants (10).

On sait à quelle opposition doctrinale (11) et à quelle indifférence de la pratique ce projet s'est heurté (12).

Le problème se posa à nouveau à propos de la réforme des régimes matrimoniaux; le projet gouvernemental, inspiré de l'Avant-projet de Code civil, s'est heurté à l'ignorance du grand public, et peut-être bien à la mauvaise volonté du législateur et du gouvernement.

Après avoir fait plusieurs navettes entre l'Assemblée Nationale et le Sénat, il devint à la suite d'amendements divers, un ensemble hybride et inviable, en attendant d'être retiré.

Les débats (13) montrent combien le traditionnalisme est vivace en France : le souci de maintenir les pouvoirs du seul mari pour la gestion des biens l'emporte.

Alors que la majorité des pays européens ont adopté, selon des modalités différentes, un système de co-gestion ou de communauté différée (14), qui est conforme à l'esprit communautaire et égalitaire de la famille, le législateur français n'entend réserver à la femme qu'une

(7) Pour une analyse juridique de la notion de pouvoir opposée à celle de droit, voir ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, 1963, p. 190 et suiv.

(8) La loi de 1942, a donné lieu à de nombreuses études, qui pour la plupart l'ont accueillie avec faveur.

H. SOLUS, mari et femme selon la loi de 1942, R.T.D.C. 1943, p. 81. M. ANCEL, *Les droits et les devoirs des époux selon la loi du 22 septembre 1942-1943*.

THÉRY, *Trois conceptions de la famille dans notre droit*, D., 1953, Chron., p. 47.

(9) *Droit civil*, Coll. Thémis, 2^e éd., 1957, p. 354.

(10) *Travaux de la C.R.C.C.* 1949-1950, p. 45; 1951-1952, p. 135.

(11) H. MAZEAUD, *Une famille sans chef*, D. 1951, Chron. 141.

(12) Pourtant le mouvement familial actuel ne devrait pas se désintéresser de l'évolution juridique.

Voir sur ce point le Rapport de M^{me} POINSOT-CHAPUIS aux Semaines sociales, Bordeaux 1957.

(13) J.O. 22 octobre 1959; J.O. 6 novembre 1959; J.O. 17 novembre 1959; J.O. 23 octobre 1960; J.O. 16, 17, 30 novembre 1960; J.O. 9, 12, 13, 14 décembre 1960.

(14) Cf. ROUAST, *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines*, Travaux de recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, 1957.

place et qu'une responsabilité limitée et négative (15), malgré un désir réel de lui accorder une participation à la gestion des biens.

La communauté conjugale craque dans ses vieux vêtements : la nécessité d'une réforme n'est pas niée mais par crainte d'atteindre à des principes que l'on juge sacrés, on se contente en France de mettre des pièces.

Peut-être est-il particulièrement difficile de prendre du recul vis-à-vis des bases mêmes de notre existence que constituent les structures sociales, les représentations traditionnelles et les mœurs.

Pourtant les exemples étrangers, européens (16), qui professent la même conception du mariage ne manquent pas et montrent que sans détruire cette base de l'existence qu'est la famille, il est possible et souhaitable de lui donner un statut adapté aux exigences de notre époque (17).

Section II

L'ÉVOLUTION DU DROIT ALLEMAND

6. — Si le droit allemand n'a pas connu l'idée de puissance maritale ni celle d'incapacité de la femme mariée, parce que le droit de la famille est demeuré plus à l'abri des influences romaines malgré la réception du droit romain, l'idée d'une prépondérance du mari y est cependant affirmée.

C'est pourquoi l'histoire du droit allemand ne se caractérise pas, comme en France, par l'accession de la femme à la capacité juridique.

Dans les textes, la communauté conjugale apparaît à la fois plus structurée, plus réglementée et plus libérale qu'en droit français, et l'idée que le mariage est une institution avant d'être un contrat y est plus nettement affirmée.

7. — Avant la rédaction du B.G.B., les législations particulières à chaque État semblent, dans leurs principes du moins, avoir été plus sensibles aux idées des philosophes du XVIII^e siècle que ne l'a été le Code civil français (18). C'est ainsi que la question de l'égalité des sexes fut abordée parce que l'on réfléchissait sur la nature humaine et la situation de l'homme dans la communauté. Mais comme le pro-

(15) Voir *infra*, pp. 319 et suiv.

(16) La situation juridique de la femme mariée, *Revue de droit contemporain*, juin 1960, p. 1-248.

J. HÉMARD, Le statut de la femme en Europe occidentale au XX^e siècle, *Recueils de la Société Jean Bodin*, t. XII, p. 515.

(17) Mariage et régimes matrimoniaux. *Revue Esprit*, avril 1961, p. 693.

(18) H. CONRAD, Die Rechtsstellung der Ehefrau in der Privatrechtsgesetzgebung der Aufklärungszeit, *Festschrift für Kallen*, 1957, p. 253.

blème ne se posait pas en termes politiques ou sociaux comme au XIX^e siècle, mais en termes de droit naturel et de raison, les traditions coutumières ne furent pas véritablement atteintes.

Le « Allgemeine Landrecht » prussien de 1794 affirmait que : « Les droits des deux sexes sont égaux dans la mesure où des lois particulières ou des dispositions de volonté valables n'y font pas exception » (19). Cependant le droit de la famille demeurait traditionnel et ses dispositions s'inspiraient du principe selon lequel « le mari est le chef de la société conjugale et sa décision l'emporte dans les affaires communes » (20). L'accent est mis à la fois sur la réciprocité des devoirs et sur la prépondérance maritale. Si le père exerce la puissance paternelle, la mère doit y collaborer, elle y a un « Mitwirkungsrecht » pour le « Personensorge », droit indépendant durant la petite enfance. Malgré ses tendances conservatrices, l'A.L.R. n'en est pas moins en avance, à tel point qu'on a pu dire à l'époque que « bientôt la Prusse deviendra un véritable paradis des femmes » (21).

En Wurtemberg, la sorte de tutelle de la femme que représentait le « Geschlechtsvormundschaft oder Vogtei » fut abrogée par une loi de 1828, mais sans préjudice des droits du mari dans la direction de la famille.

En Bavière au contraire, le Codex Maximilianus Bavaricus civilis de 1756 donnait de la famille une image plus autoritaire, et plus inspirée de la potestas maritalis que de la traditionnelle communauté germanique. Cependant les commentateurs, Kreittmayer notamment, se demandaient comment se justifiait la prépondérance du mari, « puisque certains affirmaient au contraire que le mariage est une *societas æqualis* ». Cette position maritale, certainement justifiée par le droit divin, l'était-elle aussi par le droit naturel ? Kreittmayer tient cependant cette discussion pour oiseuse et inutile car « les faits montrent que le sexe masculin est depuis si longtemps en possession de la souveraineté » qu'il est inutile d'en débattre (22).

Si le droit naturel veut que, hommes et femmes soient égaux, l'intérêt de la famille exige qu'on conserve une structure hiérarchique au sein de laquelle la situation de la femme doit être améliorée. Telle fut en général la position adoptée par les différentes législations des XVIII^e et XIX^e siècles allemands. Depuis le Reichsgewerbeordnung de 1869, aucune différenciation sur la base du sexe ne devait être faite pour l'exercice du commerce.

(19) T. I, 1^{re} partie, § 24.

(20) T. II, 1^{re} partie, § 184.

(21) Johann Georg Schlosser, Brief über die Gesetzgebung überhaupt und den Entwurf des preussischen Gesetzbuchs, 1879, p. 279.

(22) Cité par CONRAD, *op. cit.*

Il fallut attendre l'arrêt du Reichsgericht de 1885 pour que fût tranchée la question, discutée en Bavière, de savoir si le mari a un droit de correction envers sa femme. Le Reichsgericht le nia au motif que le mari n'ayant pas de droit d'éducation, il ne pouvait avoir un droit de correction.

8. — Malgré les offensives du parti socialiste, le B.G.B. demeura dans la tradition. Mais le problème de l'émancipation de la femme était devenu un problème politique (23). Le § 1354 BGB maintenait la prépondérance du mari pour la direction du ménage et les §§ 1628-29 lui réservaient l'exercice de la puissance paternelle.

Enfin, si théoriquement la femme demeurerait pleinement capable, le régime matrimonial légal la dépouillait de ses pouvoirs sur son « eingebrachtes Gut » dont la gestion revenait au mari; certes conservait-elle celle de ses « biens réservés » mais ceux-ci en l'absence de dispositions conventionnelles ne représentaient qu'une part très limitée de son patrimoine (24).

Si depuis le BGB la famille allemande a subi de profondes modifications sociologiques, le droit ne les enregistra pas. Le régime national-socialiste, malgré son idéologie familiale réactionnaire, ne toucha pas à la structure légale de la famille (25). Il modifia seulement, pour des motifs racistes, les conditions du mariage (Ehegesetz du 6 juillet 1938), et celles du divorce (26).

Les méfaits du national-socialisme expliquent pour partie le succès de la réforme actuelle, car les droits fondamentaux et l'idée d'égalité des sexes apparurent par réaction d'autant plus estimables. La méconnaissance du droit pendant le règne d'Hitler, conduit les dirigeants actuels à affirmer « la primauté » systématique du droit et le droit de la famille n'échappera pas au mouvement.

(23) Le « Allgemeine deutsche Frauenverein » fondé à Leipzig en 1865, devenu le « Bund deutscher Frauenvereine » en 1895 tenta en vain d'avoir une influence sur l'adoption du BGB par le Reichstag; les pétitions et manifestations contre le projet du code civil restèrent sans effet, malgré l'opposition concordante du parti socialiste, voir HEDEMANN, *Die Rechtsstellung der Ehefrau*, p. 10.

(24) Si le BGB fut critiqué, ce fut pour d'autres motifs. On lui reprochait d'avoir réintroduit les concepts de la technique romaine dans le droit de la famille, d'avoir ainsi réduit les rapports familiaux à n'être que des rapports individualistes, contrairement à la traditionnelle communauté conjugale, voir G. BOEHMER, *Einführung in das bürgerliche Recht*, 1954, p. 83 et suiv.

(25) L'influence du national-socialisme fut grande mais ne pénétra pas le droit de la famille. Malgré sa conception du rôle de la femme, envisagée essentiellement dans sa fonction reproductrice, le régime nazi fit plus pour développer en fait l'égalité des sexes en engageant tout le peuple dans l'aventure, et en niant l'autonomie de la famille par rapport à l'État.

Voir A. MEUSEL, *Die Familie in der deutschen Gesellschaftsauffassung seit 1933*, in *Studien über Autorität und Familie*, Paris, 1936.

(26) C'est sous le troisième Reich que fut introduite une importante réforme du divorce qui avait été préparée sous la République de Weimar et qui répondait aux vœux des sociaux-démocrates. La loi de 1938 érigeait en cause de divorce la simple rupture de la vie conjugale pendant trois ans (*Aufhebung der häusliche Gemeinschaft*) ou « Zerrüttungsprinzip ».

CHAPITRE II

La loi fondamentale allemande

Section I

L'ÉGALITÉ : DROIT FONDAMENTAL

9. — Le 23 mai 1949 la « Bonner Grundgesetz » devint la Constitution de l'Allemagne fédérale — ce texte constituait la preuve du retour à un régime de démocratie libérale ainsi que le fondement des institutions nouvelles. Après la sombre période du National-socialisme, la reconversion de l'Allemagne devait se manifester, en premier lieu, par l'affirmation des droits de l'homme et par la mise en place, dans la Constitution, d'un système propre à en assurer le respect.

Au nombre de ces droits fondamentaux figure le principe d'égalité de l'homme et de la femme (1).

L'article 3 GG alinéa 2 dispose : « hommes et femmes sont égaux en droit » (Männer und Frauen sind gleichberechtigt).

Sans doute la Constitution de Weimar avait-elle déjà, dans son article 109, prévu l'égalité des droits civiques de l'homme et de la femme (« Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich. Männer und Frauen haben grundsätzlich dieselben staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten »); elle avait aussi proclamé dans l'article 119 que le mariage est fondé sur l'égalité des époux, « Die Ehe steht als Grundlage des Familienlebens und der Erhaltung und Vermehrung der Nation unter dem besonderen Schutz der Verfassung. Sie beruht auf der Gleichberechtigung beider Geschlechter ».

(1) BEITZKE, Die Gleichberechtigung der Geschlechter und das Grundgesetz, Tübingen, 1950.

Mais tout le monde était unanime à considérer cette disposition comme l'énoncé d'un programme (Programmsatz) plus politique que juridique.

En l'absence de toute réforme législative, le droit familial du BGB resta donc le droit positif, bien que ses dispositions fussent en contradiction avec la Constitution (2).

Les rédacteurs de la Loi Fondamentale, au contraire, ont voulu qu'une telle situation ne se réédite pas et ils ont affirmé que les droits fondamentaux (Grundrechte) faisaient partie du droit positif et liaient tous les organes de l'État comme « unmittelbar geltendes Recht », comme droit directement applicable.

La grande innovation de la Loi Fondamentale de 1949 fut de rendre les droits fondamentaux applicables non seulement à titre de règles de droit s'imposant à tous, mais aussi de les rendre applicables dans tous les domaines de la vie et du droit (3). Le principe d'égalité, droit fondamental, ne doit plus rencontrer la limite du droit civil de la famille, comme dans la Constitution de Weimar; il s'impose désormais au législateur et au juge.

10. — En France, au contraire, la Constitution du 4 octobre 1958 proclame toujours le même principe, mais son domaine d'application est limité et restreint par l'existence de règles contraires avec lesquelles il doit coexister; en France l'égalité est restée un principe politique; ce n'est que dans des domaines particuliers, tels que l'égalité de l'accès aux fonctions publiques (4), que ce principe constitue une règle de droit donc une règle assortie de sanction.

Contrairement au processus adopté par la Constitution de la République démocratique allemande, l'article 3 alinéa 2 GG n'est pas devenu immédiatement applicable. Il n'eut d'abord que la force d'un ordre donné au législateur, de rendre effectif le principe d'égalité par l'adaptation nécessaire des règles de droit jusqu'alors en vigueur. Les auteurs de la Constitution avaient bien vu qu'une réglementation légale plus détaillée était nécessaire non seulement à la mise en œuvre du principe mais aussi au maintien de la sécurité juridique.

11. — Cependant une date limite fut fixée par l'article 117 alinéa 1, date à laquelle le droit contraire à l'article 3 serait abrogé (31 mars 1953). Quatre années furent donc accordées au législateur pour mettre le droit privé en harmonie avec la Constitution. Cependant les auteurs

(2) Cette disposition de l'article 119 de la Constitution de Weimar suscita l'élaboration de nombreux projets de réforme du droit de la famille, surtout en matière de régimes matrimoniaux, dont la réglementation semblait ne plus correspondre à la réalité sociale.

(3) ESSER, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, JZ 1956, 72.

(4) MORANGE, La femme dans la fonction publique, Dalloz Sirey 1955, Chron. p. 125.

DEBBASCH, La femme et la fonction publique, D. 1961, Chron. p. 139.

de la Loi fondamentale, comme le montrent les travaux préparatoires (5), étaient parfaitement conscients des difficultés qui pourraient naître de la mise en œuvre du principe d'égalité des époux en l'absence de loi d'application. Mais malgré cela, ils ont tenu avant tout à ce que l'application des droits fondamentaux à titre de droits positifs, ne dépendent pas de l'arbitraire ou de la négligence du législateur. L'article 117 était dans leur esprit impératif et le délai fixé ne devait en aucun cas être prolongé (6).

Malgré ce délai de cinq années, aucune loi d'application n'était prête à être promulguée à la date prévue et l'article 3 GG devint donc immédiatement applicable. Ce fut au juge que la tâche revint de pallier cette lacune (7).

Section II

L'APPLICATION JURISPRUDENTIELLE DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ

12. — Le 1^{er} avril 1953, les tribunaux allemands se sont trouvés affrontés à une tâche difficile :

L'article 3 de la Loi fondamentale s'appliquait immédiatement et de ce fait toutes les dispositions du BGB devenaient caduques dans la mesure où elles étaient contraires à l'égalité des époux.

Le régime matrimonial légal qui confiait au mari l'administration et la jouissance des biens de la femme demeurerait-il ou non valable ? La femme mariée devait-elle porter le nom de son mari, pouvait-elle exercer la puissance paternelle concurremment avec le père ? Le devoir d'entretien entre époux devait-il être autrement réglementé ? Autant de questions que les tribunaux eurent à résoudre. Ils durent examiner dans chaque cas si telle règle du droit civil était compatible avec l'article 3 GG. et, lorsqu'ils la jugeaient inconstitution-

(5) Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge, t. I, 1951.

(6) Le BGH, dans son avis du 6 septembre 1953, a interprété dans ce sens l'article 117 GG, B. GHZ 11, Anhang p. 36.

(7) Essais sur les droits de l'homme en Europe, Institut universitaire d'études européennes, t. III, 1961, p. 73. Le rôle du juge en matière de protection des droits fondamentaux a gagné, dans l'Allemagne d'après guerre, une importance inconnue auparavant. Si le législateur peut, en vertu de nombreuses autorisations spéciales qui accompagnent la formulation de ces droits, en fixer le contenu et les limites, il ne peut jamais porter atteinte à leur contenu essentiel (Wesensgehalt, art. 19, al. 2 GG). L'article 19 alinéa 4 prévoit la sanction juridictionnelle de leur violation par les autorités publiques. Le recours contre la violation d'un droit fondamental est ouvert devant les juridictions ordinaires mais seule la Cour constitutionnelle est compétente pour juger de la constitutionnalité d'une loi postérieure à la constitution, qui méconnaîtrait un droit fondamental; cependant les tribunaux ordinaires peuvent juger de la constitutionnalité d'une loi antérieure à la Constitution.

nelle, combler cette lacune en imaginant une solution conforme.

Ainsi jusqu'à ce que le législateur intervienne, c'est-à-dire pendant quatre années, le droit allemand de la famille fut un droit essentiellement jurisprudentiel.

Il va sans dire qu'une telle situation n'alla pas sans conflit, et qu'elle était trop inhabituelle dans la tradition juridique allemande pour avoir été acceptée sans réticence.

C'est pourquoi le Ministère de la Justice adressa une circulaire aux juges, qui précisait que les articles 3 et 117 de la Loi fondamentale étaient immédiatement applicables, et que les juges étaient libres de s'inspirer des divers projets de loi, pour résoudre les conflits qui leur étaient soumis. Il existait un projet de loi gouvernemental et un projet établi par le parti social-démocrate qui intervint également auprès de la magistrature. Malgré les pressions parlementaires et gouvernementales, certains tribunaux refusèrent de créer ce qu'ils nommèrent « un vide juridique préjudiciable à l'existence même du droit de la famille (8) ».

13. — Les difficultés d'application posèrent deux questions de droit constitutionnel : l'application immédiate du principe d'égalité souleva d'abord un conflit de compétence : est-ce au juge ou au législateur qu'il appartient de combler semblable lacune du droit ? Elle posa ensuite et en conséquence un problème de hiérarchie des valeurs : le maintien de la sécurité juridique, qui militait en faveur de la validité prolongée du BGB, n'était-il pas préférable à la mise en œuvre immédiate et inévitablement désordonnée du principe d'égalité dans le droit de la famille ?

L'opposition, manifestée par certains tribunaux inférieurs (9), à l'application de l'article 3 GG fut justifiée par plusieurs motifs : le plus important était qu'il n'appartient pas au juge de faire la loi, et par suite que l'article 117 GG était contraire au principe supérieur de la séparation des pouvoirs : le juge peut et doit combler les lacunes du droit mais il n'est pas en son pouvoir de créer des institutions nouvelles.

Le deuxième motif qui incita les tribunaux à persévérer dans leur timidité fut une question de fond : la notion d'égalité reste un concept politique non justiciable « unjustiziabel », tant qu'une loi n'en a pas précisé les contours ; en outre ce concept est contesté ; l'unanimité est loin d'être faite sur son application dans le droit de la famille et on ne s'entend ni sur sa portée, ni sur les possibilités de sa mise en œuvre ; enfin, il faudrait beaucoup de temps pour que les juges, désorientés par cette tâche, élaborent une jurisprudence, et

(8) LG Frankenthal, 26 mai 1953, NJW 1953.909.

(9) LG Giessen, 18 avril 1953, NJW 1953.666 et JZ 1953.281. LG Frankenthal, précité, LG Lübeck, 18 mai 1953, NJW 1953.906, OLG, Frankfurt, 22 avril 1953, NJW 1953.746. Ce dernier arrêt a jugé que le droit du BGB demeurerait applicable à titre de droit coutumier, LG Flensburg, 2 juin 1953, JR 1953.299.

la plus grande insécurité régnerait; il serait donc préférable d'attendre l'intervention imminente du législateur plutôt que de livrer au chaos l'ensemble du droit de la famille. Cette position fut celle de certains auteurs (10). Mais elle fut réprouvée par d'autres (11) et par les tribunaux supérieurs.

Il fallait trancher le conflit et pour cela prendre une décision plus politique que spécifiquement juridique. Le facteur décisif qui détermina le gouvernement fédéral, les tribunaux supérieurs et une grande partie de la doctrine fut la volonté commune à eux tous d'appliquer strictement la Constitution. Conscients des échecs et des faiblesses de la Constitution de Weimar, les juristes allemands voulaient démontrer que la Loi fondamentale était prise au sérieux et qu'on entendait l'appliquer intégralement, quelles que puissent en être les difficultés. Après la période du national-socialisme, il fallait non seulement réaffirmer les droits fondamentaux, mais surtout les respecter et ne pas céder aux difficultés techniques.

14. — Pratiquement, le conflit se présenta ainsi :

La Cour de Francfort, dans un procès de divorce au cours duquel l'article 3 GG fut invoqué, saisit la Cour Constitutionnelle aux fins de juger de la constitutionnalité de l'article 117 GG (12). La Cour Constitutionnelle rendit un arrêt le 18 décembre 1953 (13) conforme à l'avis de la Cour fédérale du 6 septembre 1953 (14), lesquels devinrent les guides de toute la jurisprudence postérieure.

La question de savoir s'il peut exister des règles constitutionnelles contraires à la Constitution était contestée en doctrine (15). Sur ce point, la Cour fédérale répondit par l'affirmative en décidant que certaines normes constitutionnelles simples (*einfache Verfassungsnormen*) pouvaient effectivement être contraires à des normes constitutionnelles supérieures (*höherrangige Verfassungsnormen*) et à ce

(10) CANTER, Gleichberechtigung und Richterrecht, NJW 1953.850; SCHELD, Richterliche Gleichberechtigung ?, JZ 1953.450.

(11) ZWIEGERT, Gleichberechtigung - judge made ?, JZ 1953.248; DÖLLE, Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Familienrecht, JZ 1953.353.

(12) Les circonstances étaient les suivantes : le divorce était demandé par une femme qui réclamait à son mari le paiement d'une provision *ad litem* (Prozesskostenvorschuss). Le § 1387 al. 1 BGB en impose l'obligation au mari par application du régime matrimonial légal qui lui confie l'administration et la jouissance des biens de la femme. Le mari dans l'affaire rétorqua qu'il ne pouvait plus être tenu puisque le régime légal était devenu caduc à la suite de la mise en œuvre du principe d'égalité. La Cour de Francfort estima que la sécurité juridique exigeait le maintien du droit civil antérieur, mais qu'il n'était pas en son pouvoir d'en juger. Elle saisit donc, à cette fin, la Cour Constitutionnelle en vertu de l'article 100 GG.

(13) BVerfG, 3, 225.

(14) BGHZ 11, Anhang 34.

(15) HAAK, Quelques aspects du contrôle de la constitutionnalité des lois exercé par la Cour Constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne, R.I.D.C. 1961, p. 78; BACHOF, Verfassungswidrige Verfassungsnormen, Recht und Staat n° 163-164, p. 11 et suiv. et NJW 1952, 242.

titre elles devaient être annulées par la Cour constitutionnelle (16). Ces règles supérieures se reconnaissent à ce que la Constitution n'en crée pas le contenu, mais ne fait que les confirmer. Telles sont principalement les dispositions de la Loi fondamentale relatives aux droits fondamentaux (17).

La Cour, interprétant la volonté des constituants, affirma à nouveau le principe formel que les droits fondamentaux constituent un « unmittelbar geltendes Recht » et qu'en aucun cas on ne pouvait concevoir « die Möglichkeit eines Leerlaufs der Grundrechte » comme ce fut le cas sous l'empire de la Constitution de Weimar.

Sur le fond, la Cour décida à juste titre que le principe de séparation des pouvoirs ne représente pas une norme supérieure à celles qui reconnaissent les droits fondamentaux; de plus, ce principe n'était violé ni par l'article 117, ni par le rôle qui revenait aux juges dans l'application de l'article 3 en dehors de tout texte législatif; il en fut de même en ce qui concerne le principe de sécurité juridique (18).

De toutes façons, le risque d'insécurité et le trouble apporté à la tradition judiciaire n'étaient pas très graves, puisque l'on savait que le législateur interviendrait sous peu, et qu'alors tout rentrerait dans l'ordre (19).

L'opposition manifestée par certains tribunaux fut donc de courte durée et ils se virent vite contraints d'appliquer l'article 3 GG au droit de la famille.

15. — La notion d'égalité des époux était contestée, c'est pourquoi la Cour fédérale prit soin, dans son avis, d'en préciser le contenu et les limites.

Ces directives permirent aux tribunaux d'élaborer une jurisprudence dont le législateur eut à tenir compte dans la préparation de la loi.

Cette décision de la Cour constitutionnelle est d'une importance fondamentale : elle montre que l'application du principe d'égalité fut un problème constitutionnel. La Constitution devait être appliquée sans défaillance et interprétée littéralement, surtout en matière de droits fondamentaux. L'égalité des époux fut donc mise en œuvre, souvent contre le gré de certains tribunaux et de maints auteurs, essentiellement parce qu'elle était un principe constitutionnel de

(16) La Cour Constitutionnelle, dans l'arrêt du 18 décembre 1953, avait déclaré que « la norme d'une Constitution peut être nulle lorsqu'elle méconnaît de façon particulièrement grave les postulats fondamentaux de la justice qui relèvent eux-mêmes des dispositions fondamentales de cette Constitution » les motifs de l'arrêt de la Cour Constitutionnelle et de l'avis de la Cour Fédérale sont en tous points semblables.

(17) Pour une opinion contraire, combattue par la Cour Fédérale, voir VON APPEL, Die Gesetzgebungstechnik, München 1950, et NJW 1952, 1733.

(18) Étant donné la longueur de la motivation de cet arrêt et avis, nous renvoyons au texte.

(19) Voir sur la question, E. ARNOLD, Angewandte Gleichberechtigung im Familienrecht, 1954, p. 1-15.

droit positif et secondairement peut-être parce qu'elle représentait une idée politique ou sociale souhaitable en elle-même.

La Cour constitutionnelle, dont l'attitude politique semble être plus proche de celle des constituants de 1949 que de celle du gouvernement chrétien-démocrate, dut maintenir cette position rigide contre l'opinion du gouvernement, plus enclin à conserver les vues traditionnelles de son parti (20). Le législateur allemand s'est donc trouvé en quelque sorte lié par cette jurisprudence, et la Loi d'égalité de 1957 apparut à certains, dans son contenu du moins, comme l'exécution d'une obligation imposée par la Constitution et non comme la mise en œuvre d'un idéal politique.

Ainsi apparaît la divergence des tendances entre la République fédérale et la République démocratique allemandes, où l'idée d'égalité des sexes fut d'abord un idéal politique avant d'être une norme constitutionnelle (21). En effet, en RDA l'égalité est présentée, selon la doctrine socialiste, comme une libération des préjugés de la société bourgeoise fondée sur le capital et la propriété privée. Seule une révolution sociale peut rendre l'égalité effective sur le terrain de la famille. Bien que le principe d'égalité de l'homme et de la femme y soit aussi un principe constitutionnel contenu dans les articles 7 et 30 de la Constitution du 7 octobre 1949 (22), il est inséparable de la révolution économique et sociale et de l'ordre socialiste nouveau que la Constitution doit exprimer.

Sur le plan de la théorie générale du droit, l'analyse du conflit, né en République fédérale, est intéressante, car elle montre l'importance psychologique de la règle de droit. Notre esprit de juriste continental a besoin de se référer à l'existence d'une règle de droit, et le fait qu'un principe constitutionnel puisse, en l'absence de toute règle législative, venir bouleverser le droit existant, est un phénomène rare et déconcertant. Les juristes allemands qui semblent avoir un sens plus profond de la règle de droit, de la nécessité de son existence et de son respect, étaient peut-être plus troublés que ne l'eût été un juge français enclin parfois à s'éloigner sans scrupule du sens original d'un texte voire à se passer de texte législatif, sinon pour la forme, et à élaborer au delà ou en l'absence de texte les règles qui lui paraissent justes et utiles.

Si finalement le principe d'égalité fut appliqué en Allemagne pendant cette période, sans difficultés excessives, peut-être est-ce dû au fait que les tribunaux ont eu un rôle nouveau à jouer, des

(20) En effet le premier projet de réforme du droit de la famille conservait, au mépris de l'article 3 GG, la prééminence maritale.

(21) JANSEN, *Leitfaden des Familienrechts der DDR*, Berlin 1958, p. 51 et suiv.

(22) Art. 7 al. 1 « Hommes et femmes sont égaux », al. 2 « Toutes les lois et dispositions qui contredisent l'égalité de la femme sont abrogées ».

Art. 30 al. 1 « La famille constitue la base de la vie sociale. Elle est sous la protection de l'État »; al. 2 « Les lois et dispositions qui contredisent l'égalité de la femme dans la famille sont abrogées ».

initiatives et des responsabilités nouvelles à prendre, dont ils purent à juste titre se glorifier.

Ils furent aidés dans leur tâche par la doctrine.

Section III

L'INTÉRÊT SUSCITÉ PAR LA MISE EN ŒUVRE DE L'ÉGALITÉ DES ÉPOUX

16. — Si la réforme des régimes matrimoniaux en France n'éveille l'intérêt que des spécialistes, si cette question toujours pendante reste, du fait de son apparence technique, quasiment ignorée du grand public, il n'en fut pas de même Outre-Rhin.

Tout d'abord, les juristes théoriciens et praticiens ne pouvaient pas rester indifférents à la situation créée par la mise en œuvre du principe d'égalité des époux (23).

Les innombrables études publiées par d'éminents auteurs sur ce sujets en sont la preuve : en l'absence de texte, leur imagination créatrice avait libre cours et le champ était vaste, puisqu'il s'agissait de repenser complètement le droit de la famille, d'examiner la constitutionnalité de la plupart des dispositions du BGB et d'inventer des solutions nouvelles.

Le grand nombre d'études doctrinales et leur contenu étonneront probablement le lecteur français, mais celui-ci ne doit pas oublier que le goût pour les dissertations théoriques et l'esprit casuistique des juristes germaniques trouvèrent là une occasion admirable de s'exercer.

Le problème de la mise en œuvre du principe d'égalité dans le droit de la famille fut, pendant un temps, une des questions les plus importantes et les plus discutées du droit privé allemand. Rares sont les auteurs qui ne s'en sont pas emparés. Une revue juridique spéciale de droit de famille fut créée pour se faire l'écho des préoccupations et des opinions de la doctrine et de la pratique (24). Les débats doctrinaux suscités par ce problème se sont exprimés aussi devant la « Commission du Bundestag pour la réforme du droit de la famille » qui vit s'affronter des opinions contraires (25).

(23) Voir 38. deutscher Juristentag, Verhandlungen und Berichte der bürgerlich-rechtlichen Abteilung, Tübingen 1951.

(24) La revue *Ehe und Familie* (*Familienrechtszeitschrift* = *FamRZ*) fut fondée en 1954 par M. le Professeur J.-W. BOSCH. Nous croyons y discerner une tendance assez traditionnelle quelque peu opposée au principe d'égalité, reflétant en cela les préoccupations du catholicisme allemand dont le Professeur BOSCH s'est fait le défenseur.

(25) Voir notamment les débats qui opposèrent MM. BOSCH et DÖLLE et qui rappellent ceux que connut la Commission de réforme du Code civil à propos de l'abrogation de la notion de chef de famille, Travaux de la CRCC, 1949-1950, p. 45 et suiv.

Cet intérêt pour les questions relatives à la famille fut également celui des sociologues (26).

La mise en œuvre de l'égalité des époux provoqua l'intervention des Églises allemandes, catholiques (27) et protestantes (28) qui émirent sur la réforme des avis et suggestions directement adressés au législateur. Cette intervention nous étonne peut-être; mais l'Allemagne est un pays confessionnel, bi-confessionnel même, et les prises de position du clergé, dans une matière où l'Église a toujours affirmé sa compétence, parurent légitimes (29).

Les associations ou organisations professionnelles féminines se réunirent pour discuter de la question et élaborer avis et projets (30).

Cependant toutes ces interventions d'origines diverses se concentrèrent sur un seul problème : doit-on ou non conserver les prérogatives accordées au mari en sa qualité de chef de famille? La famille doit-elle ou non être une société sans chef? Cette question qui soulève immédiatement un débat véhément, est peut-être la question centrale, puisque la solution qu'on lui apporte détermine la structure familiale et puisqu'elle commande la nature des rapports conjugaux et le contenu des obligations des époux. Pourtant l'étude de la jurisprudence française et allemande montre le peu d'intérêt qu'elle présente en réalité dans le droit. C'est pourtant sur ce point que s'est situé presque exclusivement le débat, qui mit en présence deux conceptions de la structure familiale essentiellement différentes dans leur philosophie profonde plutôt que dans leurs conséquences juridiques.

Des réponses proposées et de la solution acceptée devaient dépendre la conception que l'on se faisait du concept d'égalité, de son domaine et de sa portée, et surtout des modalités de son insertion au sein de la famille.

(26) Voir notamment les pénétrantes études de H. SCHELSKY et G. WURZBACHER.

(27) Vorsitzender der Fuldaer Bischofskonferenzen, Hirtenwort der deutschen Erzbischöfe zur Neuordnung des Ehe-und-Familienrechts und Schreiben an den deutschen Bundestag von 30 Januar 1953, FamRZ 1954, p. 182 et 232.

(28) Vorsitzender der Ehrechtskommission der Evangelischen Kirche in Deutschland, Schreiben an die Mitglieder des deutschen Bundestages von 26 oktober 1954 mit Entschliessung der Synode der Evangelischen Kirche Deutschland von 19 März 1954 und Beschluss der Ehrechtskommission von 24 september 1954, in H. DOMBOIS, Familienrechts-reform, 1955.

(29) Le silence de l'Église française est en revanche étonnant. Il ne semble pas qu'elle ait pris de position officielle lorsque la réforme du droit de la famille française fut à l'ordre du jour.

(30) Vereinigung weiblicher Juristen und Volkswirte, Juristinnen zur Familienrechtsreform, JZ 1952, 504.

Voir la revue Informationen für die Frau.

TITRE II

LA NOTION D'ÉGALITÉ DES ÉPOUX

17. — Les juristes et les tribunaux allemands ne se seraient probablement pas livrés à une exégèse aussi poussée de l'article 3 GG ni à une étude aussi approfondie de la notion d'égalité, s'ils avaient été immédiatement en présence d'une loi qui eût défini, précisé et délimité le sens et la portée de ce nouveau fondement du droit de la famille.

Étant donné le vide juridique provoqué par l'application sans délai du principe d'égalité, les auteurs et les tribunaux suprêmes en ont longuement débattu car, outre le goût pour les études philosophiques et psychologiques, il fallait bien donner aux juges une ligne directrice d'interprétation.

Aussi clair que puisse paraître le principe « Hommes et femmes sont égaux en droit », il donne lieu cependant à de sérieuses différences d'interprétation, car il atteint les conceptions morales, religieuses, sociales ou tout simplement humaines dans lesquelles le droit de la famille est profondément enraciné.

Il est donc utile, sur un plan plus général, de rechercher le sens de l'idée d'égalité des sexes en elle-même, pour examiner ensuite ses répercussions sur la structure familiale.

CHAPITRE I

Qu'est-ce que l'égalité

Quel est le fondement de l'idée d'égalité, quelles sont les causes de son développement ?

Section I

LE FONDEMENT HUMAIN ET LES SOURCES SOCIOLOGIQUES DE L'IDÉE D'ÉGALITÉ

18. — Construire les rapports humains sur une notion d'égalité des sexes, c'est admettre d'abord qu'il est illégitime de déduire des différences naturelles et sociales qui distinguent l'homme de la femme, une inégalité qui puisse justifier une hiérarchie de valeur entre eux.

Cela revient à combattre l'idée selon laquelle l'infériorité de la femme est une donnée naturelle qui implique la supériorité également naturelle de l'homme. Cette idée, fondamentale dans le monde antique, n'est pas encore vraiment détruite (1). Sur le plan juridique, elle trouvait son expression dans la notion « *d'imbecillitas sexus* », qui était présente dans de nombreuses institutions juridiques.

La « faiblesse » naturelle de la femme justifiait l'octroi d'un statut juridique spécial. L'idée d'infériorité naturelle du sexe féminin a légitimé pendant des siècles son infériorité sociale et juridique (2). Elle trouvait son fondement dans un principe de protection « *propter imbecillitatem aut infirmitatem sexus* ».

(1) C'est vers la fin du Moyen-Age que l'on voit apparaître les premiers signes du féminisme, c'est-à-dire des plaidoyers en faveur de l'égalité de l'homme et de la femme, voir L. ABENSOUR, *La femme et le féminisme avant la Révolution*, Paris 1923.

(2) L'expression même de Bonaparte est significative de cet état d'esprit « La nature a fait de nos femmes nos esclaves » cité par THIBAudeau, *Mémoires sur le Consulat*, p. 426.

Ainsi sur le fondement de cette subordination naturelle se développa inévitablement une subordination d'ordre social, les femmes étant, qu'elles le veuillent ou non et pour la majorité d'entre elles, exclues des responsabilités de la vie publique. C'est pourquoi, il est devenu presque impossible de déterminer et de distinguer, dans la spécificité de la condition féminine, la part des données naturelles et celle qui résulte des structures sociales (3), ces dernières ayant à leur tour forgé certains comportements socio-psychologiques, que l'on impute peut-être à tort à la nature (4).

L'influence de la théologie chrétienne est difficilement mesurable, mais il est sûr qu'en affirmant qu'hommes et femmes ont une âme de même nature, que leur égalité devant le salut et l'appel à la sainteté est absolue, elle a grandement contribué à détruire cette idée d'*imbecillitas sexus* (5).

Nos sociétés ont ainsi longtemps vécu accrochées à l'image d'une supériorité biologique, psychologique, juridique et spirituelle de l'homme et il fallait bien trouver dans la « féminité » la contrepartie de soumission et d'abnégation (6).

Le temps n'est plus où l'on se demandait si la femme avait une âme et l'idée d'une infériorité naturelle et spirituelle de la femme ne paraît plus avoir cours de nos jours (7). La cause en est dans l'évolution des structures sociales et des mœurs : l'association des femmes à la vie publique, au monde du travail, aux loisirs et leur instruction ont permis de détruire ce mythe.

19. — L'idée d'égalité des sexes n'est pas née toute seule du cerveau de quelques philosophes ou moralistes. Si les philosophes s'en préoccupent parce qu'elle atteint l'être et ses rapports humains, il n'en reste pas moins vrai que seules les modifications économiques

(3) On invoque, par exemple, le nombre restreint de femmes éminentes et de génies féminins, comme preuve d'une incapacité naturelle de la femme. Mais cette carence est peut-être aussi bien d'ordre social, comme le soupçonnait STENDHAL lorsqu'il affirmait que « tous les génies qui naissent femmes sont perdus pour le bonheur public ». Telle est la thèse soutenue par S. DE BEAUVOIR, « les génies féminins démontrent avec éclat que ce n'est pas l'infériorité des femmes qui a déterminé leur insignifiance historique : c'est leur insignifiance historique qui les a vouées à l'infériorité », *Le deuxième sexe*, t. I, p. 107.

(4) La question de savoir si la tendance féminine à la subordination est ou non une donnée de nature est de nos jours très débattue par la théologie chrétienne; C. VON KIRSCHBAUM, *Découverte de la femme*, les bases bibliques et théologiques d'une éthique réformée de la femme, 1951; SERTILANGES, *Féminisme et Christianisme*, 1920.

(5) Si l'on peut en croire l'Encyclopédie, il s'est trouvé des prédicateurs pour se demander si la femme, comme l'homme, avait une âme, Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des Sciences, des Arts et des Métiers, t. VI, art. « Femme ».

(6) CHOMBART DE LAUWE, *Image de la femme dans la société*, Revue internationale des Sciences sociales, UNESCO, Vol. XIV, 1962, Introduction.

(7) Voir sur ce point l'étude d'un psychiatre, M. ECK, *Autorité et liberté entre époux*, Études 1957, n° 2, p. 186, qui montre l'impossibilité de fonder une hiérarchie entre les sexes sur la seule comparaison des données biologiques, psychologiques et intellectuelles et qui conclut en conséquence à l'absence d'autorité naturelle et légitime de l'homme.

et sociales du monde moderne ont permis à cette idée, issue du droit naturel, de prendre vie et forme, de devenir pour certains un programme politique et de progresser dans les esprits et dans les mœurs au delà des querelles idéologiques. Cependant ces progrès sont lents car nous sommes à une époque de transition où les modifications de la société et des comportements ne sont pas encore perçues ni acceptées pleinement.

Le succès des mouvements féministes fut favorisé par deux facteurs principaux : l'industrialisation (8) et les guerres mondiales (9); elles ont jeté les femmes dans le monde du travail, fait éclater la cellule familiale traditionnelle et assuré le progrès de ce que l'on nomme « la promotion des femmes »; ainsi fut démontré que leur infériorité n'était pas une donnée immuable de nature, mais bien le résultat de leur condition historique.

L'émancipation des femmes doit donc plus à la pression des faits qu'à l'évolution des idées.

Le travail de la femme dans la société urbaine reste d'une importance capitale, bien que peu de femmes mariées exercent une profession (10); l'infériorité dans la vie publique et sociale affecte la vie familiale (11) et la femme subit plus fréquemment la prédominance du mari lorsqu'elle est sans profession (12).

Cela varie cependant selon les classes sociales, l'attachement aux images traditionnelles étant beaucoup plus évident dans les milieux bourgeois, peut-être moins éprouvés par la modification des structures sociales (13).

(8) L'émancipation féminine s'est confondue avec la libération socialiste, ce qui la marquait au départ et risquait d'en fausser le sens et l'avenir; K. MARX, *Le capital*, Livre I, chap. XV; BEBEL, *Die Frau und der Sozialismus*, 1903.

(9) L'influence de la seconde guerre et de ses suites sur la condition de la femme, a été très étudiée par les sociologues allemands. G. WURZBACHER, *Leitbilder gegenwärtiger Familienlebens*, a montré comment la guerre, en modifiant les fonctions et le rôle des époux, a bouleversé la traditionnelle répartition de l'autorité dans la famille. La position et l'autorité du mari étaient liées, abstraction faite des personnalités individuelles, aux fonctions qu'il remplissait dans la société au profit de la famille. Lorsque la majorité des hommes furent au front ou prisonniers ou blessés, les femmes ont dû porter seules la responsabilité matérielle et morale de la famille; elles en sont devenues les représentantes vis-à-vis des tiers et elles ont dû faire preuve d'une autorité qui ne leur était jusque-là ni légalement, ni socialement reconnue. Si l'événement a duré un certain temps, la modification du comportement reste constante et lorsque le mari reconnaît cette modification, il en résulte une nouvelle répartition de l'autorité; l'autorité maritale cède la place à des rapports d'associés et se dissout dans des relations purement personnelles de confiance et de responsabilité réciproques.

(10) Voir *infra*, p. 189.

(11) FOUGEYROLLAS, *Prédominance du mari ou de la femme dans le ménage*, *Revue Population* 1951, p. 83.

(12) Le travail de la femme établit l'égalité des sexes de deux façons : d'une part, et cette hypothèse est capitale, le mariage n'est plus pour la femme qui travaille une nécessité économique; c'est-à-dire une obligation d'être entretenue et de ne plus être à la charge de ses parents; d'autre part l'apport du salaire de la femme dans la famille modifie l'exercice de l'autorité.

(13) Sociologie comparée de la famille contemporaine, *Colloques internationaux du CNRS*, Paris 1955 (voir chap. sur la famille bourgeoise).

20. — La situation d'infériorité de la femme était liée également aux formes de la propriété. Le droit des successions, par exemple, accordait à la famille souche une importance telle qu'elle détruisait celle de la famille conjugale où la femme, considérée comme une intruse, ne pouvait prétendre à l'égalité (14). La modification de la situation de la femme et la progressive reconnaissance de son droit à l'égalité, ne sont pas indépendantes des transformations de la composition des fortunes et du rôle joué par la famille conjugale dans la création du patrimoine (15). La famille bourgeoise qui conserve encore une base patrimoniale profonde reste marquée par l'idée de hiérarchie. Au contraire celle-ci n'apparaît plus dans la famille ouvrière, née avec la révolution industrielle, et qui est devenue le prototype de la famille moderne (16). La famille ouvrière se détache de la famille souche, ce qui permet à la femme d'être considérée comme une personne libre. Une différenciation des rôles s'y établit mais non une hiérarchie de valeur.

Il semble donc que la tendance à reconnaître l'égalité des sexes soit irréversible. Cette reconnaissance n'est pourtant pas encore admise ouvertement par nos institutions juridiques.

Le premier postulat du principe d'égalité réside dans le refus de considérer la femme comme un être mineur en tant que tel; mais cette affirmation n'implique pas le refus de reconnaître les différences qui distinguent l'homme de la femme car égalité ne peut ni ne doit être synonyme d'identité.

Section II

LES CONSÉQUENCES JURIDIQUES

Nier sa qualité de « mineure » équivaut à accorder à la femme les droits et libertés qui feront d'elle un être majeur, donc libre et responsable au même titre que l'homme. On peut dire que la conquête des droits fondamentaux est à la base même de toutes les revendications féminines. Historiquement, il s'est agi d'abord de la reconnaissance des droits et libertés publics : droit de vote, droit syndical, droit au travail, liberté d'accès aux fonctions publiques que les constitutions européennes et occidentales ont petit à petit accordé aux

(14) A. MICHEL, Les aspects sociologiques de la notion de famille dans la législation française, *L'Année sociologique*, troisième série, 1960, p. 79 et suiv. SAVATIER, *Sociologie et droit de la famille*, Annales de la Faculté de droit de Toulouse, t. VII, 1959, p. 89.

(15) H. VIALLETON, *Famille, patrimoine et vocation héréditaire*, Mélanges Maury, t. II, p. 577 et suiv.

(16) P. LAROCHE, *Réflexions sur le problème familial*, Les cahiers de l'éducation permanente, 1956, p. 29.

J. DOUBLET, *La famille ouvrière*, *Sociologie comparée de la famille contemporaine*, p. 168.

femmes en proclamant l'égalité des êtres. C'est donc d'abord au sein de la société globale que les femmes cherchèrent à s'affirmer.

Sur le plan du droit privé, la femme mariée se vit reconnaître la pleine capacité juridique (17), et bien que l'exercice de cette capacité soit souvent limité par le jeu des règles des régimes matrimoniaux, cette réforme n'en présentait pas moins, dans son principe, une étape importante. La femme mariée cessait dès lors d'être condamnée à un statut « d'éternelle mineure » (18).

§ 1. — ÉGALITÉ ET IDENTITÉ

22. — Si la notion d'égalité se présente d'abord sous cet aspect négatif — les différences des sexes ne justifient pas leur hiérarchie —, elle implique aussi que ces différences ne soient pas méconnues et que, hommes et femmes soient traités comme deux êtres égaux mais différents.

Le tort des mouvements féministes fut peut-être de vouloir, dans l'élan de leur esprit revendicatif, assimiler les femmes aux hommes et de concevoir l'égalité des sexes sans tenir compte de la spécificité de la condition féminine. Il est bien évident qu'obliger les femmes à travailler dans les mêmes conditions que les hommes, sous prétexte d'égalité, équivaut, lorsqu'elles sont mères de plusieurs enfants, à les condamner à une nouvelle sorte d'esclavage.

Il n'est pas démontré que « l'affranchissement de la femme ait comme condition première la rentrée de tout le sexe féminin dans l'industrie publique » comme l'affirmait Engels, encore que le travail professionnel ait grandement contribué à modifier la condition sociale et le statut juridique de la femme.

Les différences entre l'homme et la femme ne sont pas non plus prises en considération par les déclarations de droit ou les constitutions qui envisagent la personne humaine comme un individu abstrait sans se soucier de l'application concrète des droits qu'elles lui confèrent; aussi, lorsqu'elles ne sont pas suivies de lois d'application, sont-elles condamnées, par leur abstraction même, à l'inefficacité. Elles demeurent des déclarations de principe.

§ 2. — ÉGALITÉ DE DROIT ET ÉGALITÉ DE FAIT

23. — De même que l'inégalité de condition économique peut rendre illusoire l'égalité civile des individus, de même un principe d'égalité juridique des sexes peut rester lettre morte s'il n'est pas

(17) Voir La condition de la femme dans la société contemporaine, Institut de droit comparé, Paris, 1938.

Sur la préparation de la loi du 18 février 1938 qui supprimait en France l'incapacité de la femme mariée, voir M. ANCEL, Traité de la capacité de la femme mariée, n° 15. J. HÉMAR, Le statut de la femme, *op. cit.*, p. 528 et suiv.

(18) M^{me} DE LAURIBAR, Le Code de l'éternelle mineure, Paris 1922.

suivi d'une égalité sociale; égalité de droit et égalité de fait ne peuvent aller l'une sans l'autre et pourtant quelle distance les sépare parfois? Alors qu'autrefois on cherchait dans l'inégalité naturelle de l'homme et de la femme une justification à leur inégalité juridique, il semble que la tâche du juriste soit désormais d'instaurer une véritable égalité qui soit de droit mais aussi de fait en élaborant des règles juridiques qui puissent compenser les différences et les inégalités de fait entre les sexes.

Les mêmes droits abstraits doivent être accordés aux hommes et aux femmes afin que leur égalité soit respectée, mais ces droits pourront et devront subir dans les modalités de leur application des différences, selon qu'un homme ou qu'une femme en est le titulaire.

Ainsi le droit d'exercer une profession est un droit égal, mais seule la femme pourra prétendre à une protection spéciale sans pour autant perdre son emploi (19).

Une notion comprise de l'égalité implique donc que des droits égaux soient accordés aux hommes et aux femmes en tant qu'individus, mais elle exige aussi que, dans leur application concrète, ces droits soient traités différemment selon que la personne humaine qui en est le titulaire est née homme ou femme. On peut concevoir une progression de l'égalité dans la différenciation.

Section III

L'INTERPRÉTATION DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ PAR LA JURISPRUDENCE ALLEMANDE

24. — En présence d'un texte aussi général que l'article 3 GG, il appartenait à la Cour suprême d'Allemagne fédérale de l'interpréter pour le préciser. Craignant les outrances d'une interprétation systématique, elle chercha à maintenir le principe d'égalité dans les limites du raisonnable :

Le principe d'égalité signifie que toute différenciation faite seulement à cause de l'appartenance à un sexe est inconstitutionnelle :
« Eine unterschiedliche Behandlung nur um des Geschlechtes willen ist mit Art. 3 abs. 2 unvereinbar ».

Mais cela ne signifie pas qu'hommes et femmes doivent être toujours traités de façon similaire. La raison impose que les mêmes droits et les mêmes devoirs ne soient pas toujours et dans des condi-

(19) En Droit social, la question est importante. Bien que le droit contienne des dispositions spéciales pour le travail de la femme (congé de maternité, etc.), il demeure que son travail s'accomplit dans des conditions semblables à celles des hommes, d'où l'incompatibilité fréquente du travail et des charges de famille. La femme pourrait-elle par exemple prétendre à un congé spécial lorsque son enfant est malade?

tions strictement identiques conférés aux hommes et aux femmes (20). Mais différence de traitement ne devrait pas obligatoirement signifier toujours inégalité; comme l'écrivait Dölle, l'égalité ne doit pas être « mécanique », mais « fonctionnelle »; il faut plutôt parler de « Gleichbewertung » que de « Gleichheit » (21) — non de « Gleichartigkeit » mais de « Gleichwertigkeit » (22).

Ainsi la Cour fédérale adopta la règle selon laquelle :

« Gleichgelagerte Tatbestände, die aus der Natur der Sache heraus und unter den Gesichtspunkte der Gerechtigkeit eine gleichartige Behandlung erfordern, nicht ohne ausreichenden sachlichen Grund oder ohne ausreichende Berücksichtigung der Forderungen der Gerechtigkeit ungleich behandelt werden dürfen. In diesem Sinne ist Gleiches gleich, Ungleiches aber ungleich zu behandeln. »

Toutes les règles juridiques fondées sur la considération des différences biologiques sont justifiées et conformes à l'article 3 alinéa 2 (il en est ainsi par ex. des dispositions concernant l'âge du mariage, le délai de viduité, la législation sur la protection de la mère).

Selon l'expression de la Cour constitutionnelle, « il est à peine besoin de mentionner qu'en cette matière une règle juridique particulière est admissible et même nécessaire si l'on considère les différences objectives, biologiques ou fonctionnelles ». Toutes les décisions de la Cour constitutionnelle s'appuyaient, pour justifier la différence de traitement, sur les différences biologiques.

Il semble, d'après ce premier arrêt, que la Cour constitutionnelle considère les différences biologiques comme une limite au delà de laquelle toute différenciation devient arbitraire (23) (Willkürverbot).

Qu'en était-il des différences dites « fonctionnelles », c'est-à-dire des différences de fonctions, de la séparation des fonctions, entre hommes et femmes par exemple qui est souvent déterminée par des données biologiques, mais également par des facteurs sociologiques ? Un arrêt de la Cour fédérale (24) suivant ainsi la jurisprudence des tribunaux ordinaires (25), a admis la légitimité d'un traitement

(20) NEUHAUS, Zur zivilrechtlichen Gleichstellung der Ehefrau ausserhalb des BGB, JZ 1952, 523.

(21) Die Gleichberechtigung von Mann und Frau, JZ 1953-353.

(22) BEITZKE, Die Gleichberechtigung der Geschlechter und das Grundgesetz, Tübingen, 1950, p. 25.

(23) Pour un arrêt qui justifie la différence de traitement par la seule considération des différences biologiques entre homme et femme, voir BGH, 29 avril 1954, FamRZ 1954, 107, déclare constitutionnel le § 181 al. 1 StGB (C. Pénal) qui punit l'homosexualité masculine et ne vise pas l'homosexualité féminine.

(24) BGH, 5 mai 1959, JZ 1959, 421, note BAUR; FamRZ 1959, 280, note BOSCH; NJW 1959, 117, note DÜRIG.

(25) OLG Celle, 6 juin 1955, FamRZ 1956, 128; OLG Braunschweig, 29 novembre 1957, FamRZ 1958, 431.

différent en faveur de l'homme sur le fondement de la séparation des fonctions, en considérant le privilège des héritiers masculins quant à l'attribution successorale des exploitations rurales comme constitutionnel (HöfeO art. 6, al. 1) et non contraire au principe d'égalité. Cet arrêt de la Cour fédérale fut vivement critiqué (26) car la prédominance du mari et la séparation des fonctions, même en milieu rural, sont peut-être le résultat des conditions sociologiques mais ne sont pas déterminées par la différence des sexes; elles ne justifient pas cet arbitraire privilège des héritiers masculins. La Cour constitutionnelle dans son arrêt du 20 mars 1963 (27) a mis fin aux débats en déclarant contrairement à la Cour fédérale, que l'article 6 HöfeO, était incompatible avec l'article 3 GG, « la constatation qu'une différenciation des fonctions s'établit le plus souvent au sein d'une exploitation rurale entre l'homme et la femme n'est pas suffisante pour justifier l'attribution préférentielle du fonds au plus jeune fils contre une fille plus âgée ».

Si cette question a retenu l'attention d'autres problèmes non moins importants furent également posés aux tribunaux : si une différence de salaire pour un travail égal n'est pas admissible (28), le congédiement des femmes mariées par priorité aux autres salariés n'est pas toujours contraire au principe d'égalité, car il peut être justifié par les différences de fonction entre hommes et femmes (29).

L'application jurisprudentielle du principe d'égalité témoigne des tendances divergentes qui séparèrent la Cour constitutionnelle fédérale, partisan d'une égalité stricte et la Cour fédérale qui chercha d'abord à ne pas bouleverser l'ordre établi et les traditions.

Mais les difficultés les plus graves se sont posées lorsqu'il s'est agi d'appliquer le principe d'égalité au droit matrimonial.

(26) REDMANN, Über die rechtliche Relevanz des Geschlechtsunterschiedes, FamRZ 1961, 409.

BERGMANN, Gleichheitssatz und bauerliche Vererbung, FamRZ 1951, 87.

Les critiques dirigées contre cette décision portèrent essentiellement sur ses motifs : La cour fédérale invoque pour justifier cette différenciation de traitement, la séparation des fonctions comme tradition et la prédominance de l'homme qui dirige et représente l'exploitation (Aussenwirtschaft) comme un effet naturel et raisonnable. L'arrêt emploie l'expression peu juridique de « die sich aus der Nature der Sache ergebenden Differenzierungen zwischen Mann und Frau ». Cet arrêt est intéressant car il témoigne des tendances conservatrices de la Cour fédérale; il montre que l'idée d'égalité s'incarne différemment selon le milieu sociologique. Le monde rural est plus réfractaire aux transformations sociales et aux modifications des conceptions.

Pour le maintien du § 1354 BGB en milieu rural, voir L.G. Duisburg, 29 avril 1954, FamRZ 1954, 202.

Le projet de réforme du Höfeordnung prévoit l'abrogation de l'art. 6 al. 1.

(27) FamRZ 1963, 228.

(28) BArbG, 6 avril 1955, FamRZ 1955.207.

(29) BArbG, 15 janvier 1955, FamRZ 1955.207.

CHAPITRE II

L'application du principe d'égalité au droit de la famille

25. — Dans sa genèse historique, l'idée d'égalité s'est posée en termes de liberté; elle tendait à réaliser l'indépendance de la femme par rapport à l'homme, certains diraient sa libération. Cette idée, mise en avant par les partis socialistes, se heurta longtemps à l'opposition d'une forte majorité et prit un aspect idéologique fort préjudiciable à son développement même.

Le conflit entre ces deux tendances s'est, de ce fait, posé en termes également faux : lutte contre ce que l'on jugeait la tyrannie maritale, lutte contre une prétendue indépendance complète de la femme.

La lutte fut et est encore particulièrement vive sur le terrain de la famille : en effet, si la famille doit réaliser l'unité de deux êtres, ce but ne peut se concilier avec un principe de liberté. L'unité et par suite la solidité de l'union conjugale ne peuvent exister en l'absence d'un rapport hiérarchique entre les deux êtres qui la constituent. Le pouvoir prépondérant doit donc être accordé au mari, naturellement et traditionnellement appelé à l'exercer.

Égalité et hiérarchie s'affrontent dans un débat dont il faut analyser les motifs. La nature de la communauté conjugale est-elle incompatible avec l'idée d'égalité? Ne l'est-elle pas seulement avec une certaine idée de l'égalité, synonyme d'individualisme et d'indépendance?

*Section I*LA TENDANCE AU MAINTIEN
DE LA FAMILLE HIÉRARCHIQUE§ 1. — L'UNITÉ ET LA STABILITÉ FAMILIALES,
FONDEMENTS DE LA HIÉRARCHIE DANS LA FAMILLE

26. — Le mariage est et doit être une société hiérarchique, c'est-à-dire une communauté dont le maintien exige que le mari détienne un pouvoir de décision en dernier ressort. Il ne s'agit pas là de brimer la femme, mais de garantir l'intérêt fondamental de la famille : cet intérêt est double, unité et stabilité.

Les défenseurs de cette conception invoquent fréquemment l'unité de la famille, que seul le mari peut incarner. Pourtant, ni le droit français ni le droit allemand, n'expriment sur le plan juridique cette idée d'unité de la famille. Elle demeure cependant latente : la famille représente une unité morale, une unité économique également (1). Cette donnée sociale de la vie familiale reste une exigence morale, voire spirituelle.

La famille étant conçue comme une société hiérarchique, son unité est représentée par le mari, qui doit avoir en conséquence, tant sur le plan moral que matériel, une prépondérance au sein du ménage, qui doit lui permettre d'afficher aux yeux des tiers l'unité qu'il fait régner entre les membres. Cette idée était particulièrement forte en droit anglais (2). En droit français, elle justifia la puissance maritale, en droit allemand la prépondérance du mari.

Ainsi la suppression de l'autorité maritale paraît entraîner la destruction de l'unité du ménage; on s'accorde pour en admettre les tempéraments qu'exige la reconnaissance de la personnalité de la femme, mais à condition qu'ils n'atteignent pas à la structure unitaire parce que hiérarchique de la communauté conjugale.

Le pouvoir prépondérant du chef de famille réalise l'unité car il permettra de prendre des décisions concernant la vie du ménage qui seront suivies et exécutées par le groupe familial. Ainsi le risque d'anarchie est évité.

(1) Unité de production autrefois, la famille n'est plus dans la majorité des cas, qu'une unité de consommation; mais ceci demeure important; il suffit de penser aux problèmes de logement.

(2) BLACKSTONE l'exprimait ainsi « Par le mariage le mari et la femme sont une seule et même personne légalement; de la sorte, l'être même et l'existence légale de la femme sont suspendus pendant le mariage ou tout au moins sont incorporés et unis à ceux du mari; c'est sous l'aile, la protection et couverture du mari qu'elle accomplit toute chose » (Commentaries, Livre I, p. 441) cité par C. RENARD, Le régime matrimonial de droit commun, p. 20. Cependant les tribunaux d'Equity durent intervenir pour rendre à la femme une certaine personnalité et notamment pour lui conserver la propriété de certains biens. Voir LEFEBURE, in Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines, par A. ROUAST, p. 37.

27. — Mais il s'agit alors plutôt du maintien de la stabilité du ménage : on s'émeut à juste titre du phénomène actuel de désagrégation et de dislocation de la famille, qu'atteste le nombre des divorces. Et nombreux sont ceux qui estiment que le maintien d'une structure familiale forte et hiérarchisée est le plus sûr moyen de lutter contre le divorce (3). Il est sûr que l'autorité maritale peut résoudre apparemment les conflits entre époux, mais elle n'en supprime pas l'éventualité, et les résout-elle vraiment, les vide-t-elle toujours?

Les défenseurs du principe hiérarchique rétorquent à cela que si mari et femme ont un pouvoir égal de décision, personne ne pourra résoudre un conflit ouvert : le recours à la justice et l'ingérence de l'État dans des rapports privés sont mauvais et précipitent le divorce. Voici donc un des rares domaines du droit où une sorte de justice privée soit justifiée et recommandée.

La stabilité du ménage exige, sous réserve de l'abus de droit, que le mari détienne la prépondérance.

Ce pouvoir revient naturellement au mari car c'est lui qui assure la subsistance de la famille, et qui en est le représentant à l'égard des tiers (4).

Ce pouvoir s'étend à toutes les « Affaires communes » et surtout à l'éducation des enfants qui requiert plus que tout autre domaine un pouvoir unique de direction, ce qui explique que seul le père exerce la puissance paternelle.

Dans cette conception, la notion d'égalité est vidée de son sens; c'est une idée dangereuse (5).

(3) H. MAZEAUD, Une famille sans chef, D. 1951, Chron. p. 141. Leçons de droit civil, t. I, p. 1109.

(4) Cette fonction de représentation, comme source de l'autorité du mari, a été étudiée par la sociologie allemande. Elle tend de plus en plus à se dissoudre et devient sans objet car dans le type de société actuelle bureaucratique, l'anonymat des personnes est de règle et il est dès lors indifférent que ce soit le mari ou la femme qui représente la famille dans ses rapports avec la société.

H. SCHELSKY, Wandlungen der deutschen Familie, p. 290.

(5) Les arguments sont partout les mêmes « Cette loi est dangereuse; elle supprime les dispositions essentielles au risque de compromettre l'unité et l'ordre qui doivent régner au sein des familles... nous savons tous que le principe de dyarchie est le prélude à l'anarchie... Si deux personnes commandent à la fois, personne ne commande; au lieu d'un incapable il y en aura désormais deux ». Discours prononcé le 14 novembre 1957 devant le Sénat belge par M. ORBAN à propos de la discussion du projet de réforme du droit de la famille, Annales parlementaires p. 31, cité par DUBRU, L'égalité civile des époux dans le mariage, Bruxelles 1959.

§ 2. — L'INFLUENCE DE CETTE TENDANCE EN ALLEMAGNE

28. — Une telle conception eut de nombreux partisans en Allemagne (6). Elle inspira le premier projet de loi (7) qui maintenait le « letzte Entscheidungsgewalt des Mannes » et le « Stichentscheid des Vaters ». Il semble bien qu'elle ait reçu l'approbation discrète de la Cour fédérale (8).

Le maintien du § 1354 BGB « Dem Manne steht die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten zu (9) » paraissait donc indispensable.

Il ne pouvait être contraire à l'article 3 GG, lequel ne devait trouver application que dans les domaines où l'homme et la femme remplissent les mêmes fonctions, ce qui n'est pas le cas pour la famille.

La famille est par ailleurs placée, en vertu de l'article 6 GG (10) sous « la protection particulière de l'État », et la seule façon d'harmoniser ces deux dispositions constitutionnelles est de maintenir le « Entscheidungsgewalt des Mannes und Vaters ».

L'unanimité règne pour admettre qu'il s'agit là non d'un droit discrétionnaire, mais d'une fonction susceptible de contrôle en cas d'abus, et de déchéance en cas d'incapacité du mari de la remplir conformément à son but.

Selon cette doctrine, une telle conception trouve son fondement dans une sorte de droit divin ou naturel, auquel le droit civil doit se soumettre :

« En ce qui concerne la dignité humaine, l'homme et la femme sont fondamentalement égaux; mais ils sont différents dans l'ordre de la famille, créée par Dieu et qu'aucun législateur humain ne doit enfreindre. La famille est, d'après le « Schöpfungsordnung », une unité. Cet ordre immémorial du mariage et de la famille, voulu par Dieu, d'après lequel l'homme est le chef, n'a pas seulement une valeur

(6) Se sont déclarés opposés à l'abrogation du § 1354 BGB : BOSCH, Familienrechtsreform, p. 60; Neue Rechtslage im Familienrecht, p. 164.

BEITZKE, Gleichberechtigung und Familienrecht, JZ 1952, 744.

HEDEMANN, Was wird mit der Gleichberechtigung? JR 1953, 197.

STRAUSS, Der Entwurf des Familienrechtsgesetzes, JZ 1952, 449.

ZIEGLER, Das natürliche Entscheidungsrecht des Mannes in Ehe und Familie, 1958.

MIKAT, Zur Problematik des natürlichen Entscheidungsrechts des Mannes, FamRZ 1960, 301.

La lecture de ces deux derniers auteurs montre l'importance attachée à la question mais aussi peut-être la vanité de ce débat.

(7) Regierungsentwurf I, 23 octobre 1952, art. 3, BTDr. n° 3802.

(8) BGHZ 11, Anhang 66, « Allerdings sind Ehe und Familie heute in besonderem Masse gefährdet, da weithin keine festen, selbstverständlichen, gemeinsamen Vorstellungen über ihr Wesen, Sinn und ihre Heiligkeit mehr bestehen. Umso gefährlicher wäre eine Auflösung ihrer überkommenen, jahrtausende alten Ordnung ».

(9) « Le mari détient le pouvoir de décision dans toutes les affaires concernant la vie conjugale. »

(10) « Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung. »

coutumière mais juridique; en ce sens, il n'existe pas de mariage civil autonome. L'article 6 GG se réfère à la structure chrétienne, occidentale et traditionnelle de la famille, et l'article 3 GG ne peut être interprété d'une façon qui y déroge » (11).

On peut voir dans cette tendance le reflet d'un courant de pensée catholique. En effet ce sont les pays catholiques, tels l'Espagne et l'Italie, qui se montrent les plus opposés à l'égalité de l'homme et de la femme dans le mariage (12) et où les controverses relatives à son application prennent un caractère passionnel, sans que le sens de l'évolution sociale et la portée de l'idée d'égalité y soient recherchés de façon objective. Aux dires d'un auteur (13), cette idée aurait beaucoup plus de mal à s'imposer en Autriche, pays catholique, qu'en Allemagne.

Sans avoir pris de position claire, ni tranché le débat entre ces deux conceptions de la famille, la Cour fédérale, dans son avis du 6 septembre 1953, semble pencher vers le maintien de cette structure traditionnelle (14).

(11) BGHZ 11, Anhang 64.

De tels arguments ne manquent pas d'étonner le juriste français d'esprit pluralique que son collègue allemand. Cependant les défenseurs français de cette conception professent les mêmes idées et les formulent seulement différemment.

La forme de communauté autoritaire et hiérarchique qu'a prise le mariage semble liée à la pérennité du monde et malgré l'évolution des structures sociales et des mœurs, il apparaît sacrilège d'y toucher. Il est étonnant de constater que cette conception de la famille ne considère l'évolution sociale que dans la mesure où elle tend à détruire cette vision traditionnelle, ce qui renforce la conviction de rétablir, pour les esprits troublés, les principes ancestraux.

Contra : HAMEL, Von den Grenzen profanen Gesetzgebung in Ehesachen, AcP 1954, p. 488, qui dénie au droit normatif toute autorité pour intervenir dans la structure interne du ménage.

Également, NEUHAUS, Theologie und Familienrechtsreform, JZ 1953.187, montre que la conception chrétienne du mariage se situe sur un tout autre plan que celui du patriarcat ou de l'égalité. L'autorité du mari et la soumission de la femme n'ont rien de formel; ce sont des valeurs spirituelles et non des principes juridiques.

(12) Voir le débat suscité en Italie dans la presse, en 1961, par l'arrêt de la Cour constitutionnelle concernant la condamnation pénale de l'adultère de la femme. Malgré la proclamation du principe d'égalité des sexes par la Constitution italienne, la loi pénale, qui punit l'adultère de la femme et épargne celui du mari, fut jugée conforme à la Constitution, au motif que ce dernier déséquilibre moins l'unité familiale. Une telle solution, choquante par elle-même, n'a pourtant rien de chrétien; Saint Paul situe au contraire les époux sur un plan de stricte égalité en matière de fidélité conjugale, Co 7, 4.

(13) BYLINSKY, Der Gleichberechtigungsprinzip im österreichischen Privatrecht, Gutachten für den 1. Österreichischen Juristentag, 1961.

(14) Cette tendance de la cour fédérale allemande explique son arrêt du 5 mai 1959, précité. Elle sera, nous le verrons, vivement combattue par la Cour Constitutionnelle. F. KÜBLER, Der deutsche Richter und das demokratische Gesetz, AcP 1963 p. 104, montre, dans cette étude pénétrante, que les juges allemands sont d'autant plus fidèles à la loi que l'État qui la proclame est plus autoritaire. Plus la société se démocratise et plus l'État qui la représente est démocratique, plus le juge allemand éprouve de méfiance à l'égard de la valeur de la loi dont la force obligatoire devient, en fait, problématique. Le juge a alors recours au droit naturel qui n'est pour lui qu'un moyen de conserver un ordre établi, qualifié pour plus de sécurité de « voulu par Dieu ». L'avis de la cour fédérale apparaît à M. KÜBLER comme une preuve de cette méfiance du juge allemand à l'égard de la société et de ses évolutions.

Elle reconnaît cependant que les conséquences juridiques pratiques du maintien ou de l'abrogation du § 1354 BGB sont infimes : le problème se pose pratiquement en matière de divorce seulement, lorsqu'il s'agit d'interpréter l'attitude des époux. En ce domaine, la Cour fédérale laisse les juges libres de s'inspirer de l'une ou de l'autre conception (15).

Cependant cette idée traditionnelle fut rejetée Outre-Rhin. La tendance égalitaire l'emporta car il n'est pas apparu que l'application de l'égalité des époux, au sein même de la famille, ait pour conséquence inévitable de détruire cette dernière.

Section II

L'ÉGALITÉ DES ÉPOUX, FONDEMENT NOUVEAU DU DROIT DE LA FAMILLE

29. — Il n'est pas nécessaire que, dans ses structures extérieures, la famille se présente comme une monarchie; il est des formes de gouvernement qui, en associant chacun aux responsabilités, assurent l'ordre et la discipline nécessaires. Celle-ci, pour être de consentement réciproque dans une égalité totale de droits et de valeur, n'en est pas moins obligatoirement affaiblie.

§ 1. — LE PRINCIPE D'ÉGALITÉ N'A PAS POUR BUT DE DÉTRUIRE LA COMMUNAUTÉ CONJUGALE

30. — Les promoteurs de l'idée d'égalité, concept de droit naturel et de justice, se sont attachés à détruire les idées sur lesquelles repose la conception traditionnelle du droit familial, pour pouvoir lui donner ensuite une assise morale nouvelle.

La reconnaissance de la personnalité de la femme, tant dans la société que dans la famille, a conduit à réviser le problème de l'autorité du mari et du père et à donner un fondement nouveau aux rapports conjugaux.

Il apparaîtrait hasardeux d'admettre une relation de cause à effet entre le nombre des divorces et les progrès de l'idée d'égalité. Ce sont deux facteurs nouveaux par rapport au XIX^e siècle, qui coexistent actuellement sans que l'on puisse affirmer que l'égalité réagit sur la dislocation des familles; cela, du moins, n'est pas prouvé.

Il ne semble pas que la stabilité familiale dût souffrir de l'égalité juridique des époux. On doit plutôt se demander si cette instabilité, qui mène trop souvent au divorce, n'est pas due au maintien de conceptions traditionnelles d'autorité et de privilège maritaux dans un monde

où ils ont perdu leur fondement. Le problème de la stabilité des mariages est, en tous cas, plus complexe (16); il met en cause bien d'autres facteurs, personnels et sociaux (17). L'autorité d'un chef de famille ne la garantit pas toujours. Le nombre des divorces, prononcés aux torts du mari, montre que celui-ci n'est pas, par nature, plus apte à faire régner la paix dans le ménage (18).

Si des rapports d'autorité s'instaurent en fait dans toute communauté, l'autorité ne peut ni ne doit être institutionnalisée par une règle de droit, car elle dépend des données personnelles propres à chaque ménage et qui échappent à la réglementation juridique (19). Il semble que, de nos jours, la solidité de l'union conjugale repose plus sur une harmonie d'ordre intérieur que sur une autorité.

31. — L'égalité des droits et des devoirs entre époux n'a pas pour but ni pour effet de dissoudre la communauté conjugale. Celle-ci demeure et se renforce de la solidarité entre époux. L'égalité tend à une nouvelle répartition des pouvoirs et des charges.

Sur le plan personnel, l'autorité d'un seul est remplacée par l'accord des époux qui exprime alors l'unité réelle du couple. L'unité du ménage ne peut être obtenue par la négation de la personnalité de la femme, mais par l'obligation faite aux époux de s'entendre chaque fois que l'intérêt de la famille est en jeu. Une telle règle ne méconnaît ni l'unité de la famille, ni l'autonomie de la personnalité de chacun. Sur le plan patrimonial, l'égalité doit aboutir à une plus juste répartition des charges et des pouvoirs entre les époux, solidaires l'un de l'autre dans l'utilisation et la création du patrimoine.

Enfin l'égalité des époux permet de faire disparaître bien des recours judiciaires toujours vexatoires pour la femme; il n'est, en effet, ni souhaitable ni élégant d'obliger la femme à s'adresser sans cesse aux tribunaux pour obtenir l'autorisation nécessaire pour suppléer à la défaillance, l'empêchement ou la résistance du mari.

Le principe d'égalité qui n'est pas admis ouvertement par le

(16) Congrès de l'Association internationale des Sciences juridiques, Chicago 1957 sur « Les moyens d'assurer la stabilité de la famille », Annales de la Faculté de droit d'Istanbul, 1960, t. IX, n° 13.

(17) Voir sur ce point les développements intéressants consacrés par H. SCHELSKY, *op. cit.*, p. 53 et suiv., au problème de la stabilité familiale. L'auteur constate un progrès de la stabilisation familiale, dû aux événements politiques et sociaux. Plus le monde extérieur est bouleversé (par la guerre et ses conséquences notamment) plus est grande la stabilité de la famille, qui est alors pour les êtres le dernier et seul refuge.

(18) Encore faut-il être prudent dans le maniement de ces considérations; la réalité judiciaire n'est pas toujours conforme à la réalité pure et simple : combien de maris acceptent-ils que les torts dans le divorce leur soient imputés, afin de l'obtenir plus facilement ou encore comme dernier geste d'élégance envers leur femme; combien de procédures de divorce sont fabriquées par les parties contrairement à la vérité, pour obtenir du juge une décision conforme à leurs vœux secrets?

(19) En fait, d'après les enquêtes sociologiques, il semble que le problème de l'égalité entre époux soit surtout un problème de « jeune ménage » qui ne se pose dans les premières années du mariage. Plus tard la solidarité du couple étant créée, le sentiment de porter ensemble le poids de la vie l'emporte fort heureusement.

droit civil français, a cependant en France de nombreux partisans. La Commission de réforme du Code civil l'avait promu de façon systématique; mais devant les oppositions et les divergences soulevées lors des débats, certains auteurs ont cherché d'autres solutions; M. Savatier proposait, afin de concilier, égalité entre époux et structure familiale hiérarchique, que le choix du chef de famille fut fait par les époux lors de la célébration du mariage (20); mais de l'aveu même de l'auteur une telle règle ne serait qu'un moyen de respecter en apparence l'idée d'égalité tout en maintenant d'une façon conventionnelle et non plus légale, le mari dans sa situation sociale de chef de famille. Le principe d'égalité est en effet exclusif du maintien d'une hiérarchie.

Cependant cohésion familiale et égalité des époux peuvent aller de pair, comme l'attestent les expériences étrangères, qui ont fait application de ce principe.

§ 2. — L'INFLUENCE DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ DANS LES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

32. — Ce principe, conforme à l'évolution du monde moderne, tend à être adopté par de nombreux pays. Les législateurs étrangers ont cherché à donner à la famille une structure morale et économique adaptée aux aspirations et aux exigences de notre époque.

A. — L'APPLICATION DE L'ÉGALITÉ DES ÉPOUX AU DROIT MATRIMONIAL ALLEMAND.

33. — Du jour où l'article 3 GG fut rendu applicable au droit de la famille, de nombreux auteurs se sont prononcés en faveur de la destruction de toute hiérarchie juridique entre époux (21). Bien que l'égalité entre époux puisse avoir d'autres dimensions, le problème central fut principalement celui de l'abrogation du § 1354 BGB.

Les conséquences juridiques qui dériveraient directement de cette disposition étaient presque inexistantes; pourtant le § 1354 BGB représentait à la fois le fondement et le reflet de la conception hiérarchique de la famille. Mais comme tous les symboles, celui-ci ne man-

(20) *Le droit, l'amour et la liberté*, 2^e ed., remaniée, 1963, p. 98 et suiv.

(21) Se sont prononcés pour l'abrogation du § 1354 BGB :

DÖLLE, *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Familienrecht*, JZ 1953.353.

ESSER, *Interpretation und Rechtsneubildung im Familienrecht*, JZ 1953.521.

KRÜGER, *Die Nichtverwirklichung der Gleichberechtigung im Regierungsentwurf*, JZ 1952.613.

ARNOLD, *Angewandte Gleichberechtigung im Familienrecht, Kommentar*, § 1354, Anm. 2.

Beschlüsse der bürgerlich-rechtlichen Abteilung des 38. deutschen Juristentages, Verhandlungen, p. 101.

Entwurf des SPD, BTDr. n° 178 der 2. Wahlperiode.

quait pas de force, et il était dès lors naturel que les partisans de l'égalité s'efforcent principalement de le détruire.

Selon l'expression même de Dölle « l'idée de base traditionnelle du mariage est d'établir une totale communauté de l'homme et de la femme. Cette communauté ne doit pas être telle que l'un des partenaires soit privilégié par rapport à l'autre; le § 1354 est contraire à l'égalité des époux; on doit attendre d'eux qu'ils s'entendent sur les affaires communes et s'ils ne s'entendent pas le pouvoir de décision du mari n'offre qu'une solution formelle, qui ne résoud pas pour autant le conflit » (22).

34. — La jurisprudence, dans les espèces où les prérogatives du mari et du père furent mises en cause et leur légitimité contestée, suivit largement cette doctrine (23). La famille devait se présenter comme une société sans chef, régie non par la volonté d'un seul, mais par le principe de l'accord des époux. Cette position des tribunaux est d'autant plus courageuse que la Cour fédérale, dans son avis du 6 septembre 1953 avait laissé la question de l'autorité maritale en suspens et, tout en manifestant son penchant pour la conception traditionnelle, laissait les juges libres de s'inspirer du projet gouvernemental qui maintenait cette autorité en cas de désaccord entre époux, ou du projet présenté par le parti social-démocrate qui abrogeait le § 1354 BGB. Si l'égalité entre époux fut un principe admis par la quasi-unanimité des tribunaux allemands, c'est parce que son application parut légitime, souhaitable et juste.

Le législateur, malgré la pression exercée par le parti chrétien-démocrate, dut tenir compte de cette jurisprudence. Cependant la solution adoptée par la loi d'égalité du 18 juin 1957, reste bâtarde, car elle a voulu satisfaire les deux tendances. Le § 1354 BGB fut abrogé mais les §§ 1628 et 1629 conservent au père des prérogatives de puissance paternelle qu'il peut seul détenir, notamment le pouvoir de décision en dernier ressort (Stichentscheid) et le pouvoir de représentation de l'enfant. Une telle situation ne dura que peu de temps, il est vrai car nous verrons que ces deux dernières dispositions furent annulées par la Cour constitutionnelle pour contrariété avec l'article 3, alinéa 2 GG (24).

Cependant la réforme allemande du droit de la famille, une des dernières en date, n'est ni une révolution, ni une nouveauté. D'autres législations, dont le législateur allemand s'est inspiré, s'étaient plus tôt orientées vers cette conception égalitaire des rapports entre époux.

(22) DÖLLE, article précité.

(23) Voir notamment, OLG Frankfurt, 19 mars 1954; FamRZ 1954.21 et NJW 1954.839, 28 août 1954; FamRZ 1955.212, 17 décembre 1956; FamRZ 1957.55; OLG Hamm, 27 juillet 1953; NJW 1953.1354; OLG Karlsruhe, 26 janvier 1956; FamRZ 1956.244 et NJW 1956.672; OLG Celle, 13 mai 1954; FamRZ 1954.141, 22 avril 1955; FamRZ 1955.214.

(24) Voir infra p. 86 et suiv.

B. — LES LÉGISLATIONS SCANDINAVES (25).

35. — Les pays nordiques connaissent un droit de la famille fondé sur l'égalité des époux. En aucun cas il ne s'est agi de contester à la famille ses droits et ses devoirs ni de nier sa vocation à la stabilité. Autonomie et solidarité des époux semblent avoir trouvé un heureux équilibre dans les lois suédoise, norvégienne, finnoise et danoise. L'accent est mis sur la solidarité pour tout ce qui concerne le groupe familial, qui cependant ne doit pas être tel qu'il étouffe les individualités. L'égalité est un principe qui semble être appliqué de façon naturelle et sans passion. Est-ce dû à l'influence du protestantisme ou plutôt à l'absence d'influence de la tradition plus autoritaire du catholicisme ? Le facteur religieux a certainement joué un rôle, encore qu'il s'agisse là d'une évolution plus générale qui n'épargne pas les pays à prédominance catholique comme l'Allemagne fédérale ou la Belgique, qui vient également d'élaborer une réforme du Code civil et par la loi du 30 avril 1958 d'appliquer le principe d'égalité aux rapports conjugaux (26).

Dans les pays occidentaux, l'égalité apparaît à la fois comme une idée de droit naturel et comme une nécessité imposée par la modification des structures économiques et sociales. Cette idée semble se dépouiller de l'idéologie primitive et outrancière du féminisme et elle se manifeste comme une confirmation sur le plan du droit de l'état actuel des mœurs. Si le problème reste, dans les pays occidentaux, affecté d'un coefficient idéologique assez puissant, c'est plutôt dans l'esprit de ceux qui s'opposent à l'égalité des époux. Cette opposition est peut-être née par réaction à l'idéologie socialiste et aux réformes introduites par les pays communistes, où l'égalité de l'homme et de la femme a un but et un effet différents.

C. — LES LÉGISLATIONS SOCIALISTES.

36. — Si l'égalité des époux est pour partie le résultat des bouleversements sociaux, il n'est guère étonnant qu'elle ait vu le jour également dans des pays qui ont cherché à révolutionner l'ordre social. Tel était et reste encore le but des régimes politiques qui s'inspirent de l'idéologie marxiste.

L'égalité des sexes s'y présente comme une politique, poursuivie de façon systématique.

S'il ne fallait pas détruire la famille, il fallait la révolutionner, lui donner une structure, un sens et un but nouveaux. Après une première période de liberté totale et par suite d'anarchie des rapports

(25) Suède, loi du 11 juin 1920; Danemark, loi du 18 mars 1925; Norvège, loi du 19 juin 1931; Finlande, loi du 19 juin 1929.

(26) RENARD C., La réforme du statut de la femme mariée, RIDC, 1958, p. 58.

DUBRU, L'égalité civile des époux dans le mariage, Commentaire de la loi du 30 avril 1958 relative aux droits et devoirs respectifs des époux, 1959.

conjugaux, l'évolution de la législation soviétique montre que progressivement la famille, comme communauté sociale a repris ses droits, regagné son importance en ce qui concerne l'éducation des enfants notamment et, petit à petit, sa vocation à la stabilité fut reconnue, dans la mesure où le divorce redevenait plus difficile.

Ces transformations se sont stabilisées dans la réforme de 1944.

Mais cette famille « socialiste » demeure fondée sur le principe d'égalité des époux et c'est à la consolidation d'une famille égalitaire dans son principe que les autorités soviétiques s'attachent (27). Ainsi stabilité familiale et égalité des époux, loin de s'opposer, constituent les fondements de la famille (28).

Il est important de noter qu'en U.R.S.S., contrairement à d'autres pays, la mise en œuvre du principe d'égalité, dans les divers domaines du droit et notamment dans le droit de la famille, n'a pas été entreprise en exécution d'une disposition constitutionnelle impérative, comme ce fut le cas en République démocratique allemande. Les Constitutions qui, en U.R.S.S., ont précédé la Constitution de 1936, celles de 1918 et 1923 ne contenaient aucune disposition relative à l'émancipation des femmes. Conséquence d'une révolution sociale, la reconnaissance par la Constitution du principe d'égalité, semble être davantage la confirmation d'un état juridique antérieur et établi indépendamment d'elle.

Le droit de la famille des pays socialistes est intéressant en ce qu'il apparaît comme une branche autonome du droit civil. Il ne peut être traité comme le droit civil et il appelle des principes différents et des solutions originales (29).

Quant au fond, la lecture des textes (30), mise à part celle des dispositions relatives à la résidence du ménage, ne paraît pas de nature à choquer outre mesure le juriste occidental. L'égalité des époux y est strictement mise en œuvre, mais les principes fondamentaux nécessaires à l'existence d'une communauté conjugale y sont respectés. L'idéal communautaire s'allie à l'idéal égalitaire.

Cependant on ne peut en déduire une similitude parfaite avec les droits de la famille occidentaux. L'esprit qui préside à l'application de ce même principe demeure très différent. L'idée d'égalité en pays marxistes, en U.R.S.S. du moins, fait l'objet d'un programme politique. L'émancipation de la femme n'est pas seulement le résultat de la révolution sociale, elle est d'abord la conséquence d'une

(27) R. DAVID et J. HAZARD, *Le droit soviétique*, t. II, p. 293 et suiv.

(28) Décret du Présidium du Soviet Suprême de l'U.R.S.S. du 8 juillet 1944.

Directive du Tribunal Suprême de l'U.R.S.S. concernant « la pratique judiciaire dans les affaires de divorce » du 16 septembre 1949.

A. BILINSKY, *Das sowjetische Eherecht*, FamRZ 1960.1.

(29) F. JANSEN, *Leitfaden des Familienrechts der DDR*, p. 21.

(30) Loi bulgare du 9 août 1949.

Loi polonaise du 27 juin 1950.

Loi roumaine du 21 décembre 1953.

Loi tchécoslovaque du 7 décembre 1949.

Loi hongroise du 6 juin 1952.

politique d'éducation des femmes, d'intégration de celles-ci dans le monde du travail et de leur participation aux tâches d'intérêt général. Le travail des femmes semble être l'objectif principal à la fois comme conséquence d'une politique générale de l'emploi et comme moyen de réaliser leur égalité effective par rapport aux hommes.

Aucune pression de ce genre n'existe dans les pays occidentaux; le travail des femmes qui est effectivement une condition de leur égalité, reste un problème individuel.

CONCLUSION

37. — Les progrès de l'égalité entre époux représentent désormais un phénomène général, lié aux aspirations morales et aux modifications sociales de notre époque. La mise en œuvre de ce principe préoccupe les législateurs contemporains.

Mais quels sont ses effets? Quelle image nouvelle donne-t-il de la communauté conjugale? Quelles modifications des règles entraîne-t-il?

Lorsque l'on modifie le principe qui présidait à l'ensemble des dispositions du droit matrimonial, on atteint du même coup tout le droit de la famille. Le contenu et l'interprétation des règles juridiques relatives aux rapports personnels et patrimoniaux des époux seront donc modifiés.

Nous allons voir que le principe d'égalité des époux implique en premier lieu dans son aspect négatif l'organisation d'une famille sans chef, dans son aspect positif l'apparition de la solidarité des époux; en second lieu il a pour effet de modifier la situation de la femme mariée, ce qui a pour conséquence de lui accorder des droits dont l'exercice lui permet de n'être plus sous la dépendance personnelle du mari et de lui confier des charges et des responsabilités qui font d'elle une véritable associée.

Il s'agit donc moins de modifier le contenu des droits et devoirs des époux que de réformer l'équilibre de leur répartition entre les deux conjoints.

DEUXIÈME PARTIE

L'APPLICATION
DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ
AUX RAPPORTS PERSONNELS
DES ÉPOUX

38. — Le principe d'égalité, apparemment individualiste en ce sens qu'il accorde aux individus des droits égaux et concurrents, n'a pas pour objet de détruire la communauté conjugale, et il peut avoir pour effet de la renforcer. Appliquer l'égalité au sein de la société conjugale, c'est d'abord rendre les époux solidaires en les associant à la direction du ménage (Titre I).

C'est, en conséquence, modifier les droits personnels de la femme dont l'expression se trouvait niée ou limitée par l'organisation hiérarchique du ménage (Titre II).

Mais il importe, pour saisir l'étendue et la portée d'une semblable réforme, de bien préciser au préalable que le fondement même de la famille, la communauté de vie, est maintenu (Chap. préliminaire).

TITRE I

UNE FAMILLE SANS CHEF

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

La communauté de vie, fondement de la famille

39. — « Les époux sont réciproquement tenus de respecter la communauté conjugale de vie » dispose le § 1353 BGB. Bien que moins précis que notre article 212 C. Civ., ce texte constitue la norme fondamentale du droit matrimonial d'où se déduisent tous les droits et obligations des époux que réglementent les textes suivants. Les devoirs de vie commune, de fidélité, d'assistance, etc. ont leur source dans cette disposition. Le § 1353 joue en matière de droit de famille un rôle semblable à celui du principe de « bonne foi » dans le droit allemand des obligations (1).

Il contient en germe la conception du mariage, que la jurisprudence s'est chargée d'explicitier et de concrétiser dans les espèces qui étaient soumises aux tribunaux. Ce texte est d'ordre public et les conventions qui auraient pour but d'atteindre aux obligations qui en découlent sont nulles (2).

(1) R.G. 1^{er} mars 1922, LZ 1923. 451 « de même que le principe de « Treu und Glauben » dans le droit des obligations, la nature coutumière du mariage constitue le fondement sur lequel doivent s'appuyer l'interprétation des lois et l'appréciation de tous les rapports juridiques des époux l'un envers l'autre. Ceci résulte du § 1353 BGB ».

(2) R.G. 21 mai 1941, DJ 1941. 712 (nullité d'une convention de séparation). « Les conventions entre époux qui règlent leurs rapports personnels concernant l'obligation de vie commune, d'assistance et de fidélité de façon dérogoire à la loi sont sans effet (unwirksam). »

Ce texte fut la base d'une abondante jurisprudence qui refléta la conception que les tribunaux se faisaient de la vie commune (3). Pour l'interprétation de ce texte, il fallait se référer à la nature du mariage telle qu'elle se dégage des coutumes et bonnes mœurs (« Das sittliche Wesen der Ehe », ou « Die aus dem Wesen der Ehe ergebende Verpflichtung zur phelichen Lebensgemeinschaft », sont des expressions que l'on rencontre souvent). Cette référence à la coutume signifie qu'il faut consacrer la conception occidentale du mariage issue du christianisme (Die christlich-abendliche Ehe).

Ce texte n'a pas été aboli par la loi d'égalité, pas plus que n'aurait de raison de l'être notre article 212 C. civ. si l'égalité des époux était admise en France. Mais du fait de l'application de l'égalité des époux, l'interprétation de ce texte sera modifiée puisque le § 1354 BGB a, lui, été abrogé. Si l'on considérait que la « eheliche Lebensgemeinschaft » avait pour conséquence naturelle la prédominance du mari, pareille interprétation est devenue inadmissible.

Le § 1353 demeure le fondement général du mariage, mais il est devenu le fondement d'une famille égalitaire. « Das sittliche Wesen der Ehe » n'implique pas l'inégalité des époux. La loi d'égalité en conservant ce texte manifeste qu'elle n'a pas voulu détruire la famille, mais légiférer pour une famille sans chef.

40. — Tout le monde s'accorde pour penser que l'article 213 C. civ., alinéa 1 et 2 a un contenu essentiellement moral, et l'absence presque complète de jurisprudence définissant les prérogatives générales que le mari tient de ce texte, atteste le peu d'importance juridique de la notion de « chef de famille ». De même le nombre très restreint de décisions juridictionnelles statuant sur le recours de la femme en cas d'abus de pouvoir, montre que cette matière relève de la morale domestique, et trouve sa sanction juridique essentiellement dans le divorce ou la séparation de corps.

Cependant, si l'exercice ou la répartition de l'autorité au sein du ménage relève de la morale domestique, c'est-à-dire si les règles de comportement restent des phénomènes infra-juridiques, le droit ne peut ni ne doit s'en désintéresser. Il ne s'en désintéresse pas puisqu'il a donné aux règles générales qui gouvernent les rapports personnels des époux un caractère impératif. Et même si la nature de ces rapports personnels n'est pas juridiquement définie, elle n'est pas dépourvue pour autant d'effets de droit : la notion de chef de famille par exemple n'a pas de contenu juridique à proprement parler mais elle n'a pas manqué d'avoir de sérieuses conséquences sur la validité des contrats entre époux, comme nous le verrons plus tard.

Indirectement, il demeure possible de saisir la conception que les juges se font des rapports personnels des époux : il faudrait pour cela analyser les décisions de divorce prononcées pour injure grave car cette notion est justement une qualification juridique des compor-

(3) PALANDT-LAUTERBACH, Kommentar zum BGB, § 1353.

tements. La règle de l'article 213 peut dès lors être un guide d'interprétation dans la mesure où il permet de refuser le qualificatif « d'abusif et injurieux » aux décisions prises par le mari dans l'intérêt de la famille, mais contrairement à la volonté de la femme (4).

De même en droit allemand, le § 1354, pas plus que le droit de recours de la femme en cas d'abus, ne semble avoir donné lieu à une jurisprudence abondante.

Pourtant le droit allemand met à la disposition des époux une voie de droit spéciale l'action en rétablissement de la vie commune » (*Klage auf Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft*) qui permet de sanctionner l'exécution par les époux des devoirs que leur dictent les §§ 1353 et 1354. Cependant cette action, insusceptible d'exécution forcée, demeure peu employée (5) parce qu'inefficace. L'abus des prérogatives maritales était presque toujours invoqué par la femme comme moyen de défense à l'action du mari (6).

Le principe d'égalité a détruit la notion de chef de famille et c'est à la réglementation d'une famille sans chef que le droit s'attache désormais. De façon générale, deux problèmes se posent donc au juriste :

D'un point de vue normatif, quelle règle nouvelle va remplacer l'article 213 C. civ. ou le § 1354 BGB? D'un point de vue pratique, quelles conséquences en découleront?

Deux exemples nous permettront ensuite d'analyser plus précisément ce nouvel état du droit de la famille.

(4) Certains auteurs estiment que la jurisprudence reconnaît bien au mari cette fonction générale de commandement. Ils en trouvent la preuve dans les arrêts rendus en matière de responsabilité civile et tendant à mettre à la charge du mari les dommages et intérêts dus à la victime d'un accident causé par la femme; le mari est responsable parce qu'il a le pouvoir d'ordre : Agen, 30 mai 1952, D. 1952. 495, Riom, 19 mai 1952, S. 1952, 1 180, CARBONNIER, Droit civil, coll. Thémis, t. I, p. 357-358. Cependant on pourrait tout aussi valablement aboutir à la même solution en appliquant le principe de solidarité entre époux. Tout acte de l'un engage l'autre vis-à-vis des tiers.

Un tel fondement rendrait mieux compte du droit positif et expliquerait que la réciprocque soit possible; en effet, la femme peut dans certaines circonstances devoir répondre des agissements fautifs de son mari, notamment lorsque ce dernier se trouve être son déposé.

(5) BEITZKE (G.), Familienrecht, 8^e éd., p. 44. La *Herstellungsklage* est essentiellement employée comme prélude à l'action en divorce qu'elle facilite en ce sens que l'époux qui refuse d'exécuter la décision judiciaire se rend coupable d'une *Ehepflichtverletzung* même si les faits qui ont donné lieu à l'action en rétablissement de la vie commune n'étaient pas suffisants pour fonder une action en divorce.

(6) MITTEIS, Die Ehe in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Festgabe für das Reichsgericht, t. II, p. 180 et suiv.

CHAPITRE I

La direction du ménage appartient aux deux époux

Section I

LE PRINCIPE DE SOLIDARITÉ ET LA QUALIFICATION JURIDIQUE DES RAPPORTS ENTRE ÉPOUX

41. — Si l'on retire au mari toute prépondérance au sein du ménage, ou bien si l'on accorde à la femme un pouvoir égal, on consacre moins l'autonomie de deux êtres que la solidarité des époux. Le plein respect de la personnalité de la femme implique qu'elle puisse participer à titre égal aux décisions importantes que nécessite la vie familiale.

Les époux doivent prendre ensemble et d'un commun accord la direction du ménage, c'est-à-dire que chaque acte doit réunir un double consentement ou faire l'objet d'une libre approbation. Telle est la règle nouvelle qu'impose le respect du principe d'égalité des époux : telle est donc la règle édictée par les législations qui ont mis ce principe en œuvre.

Le § 1354 BGB fut simplement abrogé par la loi du 18 juin 1957 et doctrine et jurisprudence en ont déduit le principe que toute décision nécessaire à la vie de la famille doit résulter d'un commun accord des époux (1). Les affaires communes, « gemeinschaftliche Angelegenheiten », appellent des décisions communes (2).

(1) G. BEITZKE, Familienrecht, 8^e éd., p. 42 : « Über die Ausgestaltung des gemeinschaftlichen ehelichen Lebens haben beide Ehegatten gemeinschaftlich zu bestimmen ». ARNOLD, Angewandte Gleichberechtigung, Anm. zu, § 1354 BGB.

PALANDT-LAUTERBACH, Kommentar zum BGB, 16^e éd., § 1354.

DÖLLE, Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Familienrecht, JZ 1953, 353.

Telle est aussi la règle imposée par le § 14 de la loi du 27 septembre 1950 de la République démocratique allemande : « Le mariage n'implique pour la femme aucune limitation, aucune diminution de ses droits; le droit du mari de décider des affaires communes doit être remplacé par un droit commun aux deux époux ».

42. — Outre sa conformité au principe d'égalité, une telle disposition reflète l'idéal du mariage en tant que communauté.

Si le mariage doit réaliser l'union la plus complète possible de l'existence de deux être majeurs, libres et responsables, cela ne peut se faire en dehors de leur entente sur tout ce qui concerne cette communauté. La femme autant que le mari est responsable et apte à juger de l'intérêt de la famille : le principe de l'unanimité s'impose.

D'ailleurs, qu'est-ce que l'intérêt de la famille si souvent invoqué, sinon l'entente des époux, qui en accordant sans cesse leurs volontés personnelles, dégagent à tout propos une volonté commune. Cette volonté commune, dont l'existence ne dépend pas du droit, devient dès lors une volonté unique qui peut seule exprimer valablement l'unité du ménage. L'unité de la famille ne se fait pas par absorption de l'un dans la personne de l'autre : elle n'existe que si une véritable communauté est d'abord acceptée. Si l'idée de communauté est de l'essence même du mariage, elle seule permet de réaliser son unité qui reste quotidiennement à faire.

Ainsi l'idée de communauté et par suite d'unité du ménage ne sont pas contradictoires de celle d'égalité des époux. La dualité des personnes, leur autonomie en tant qu'êtres semblent être au contraire la condition de leur solidarité en tant qu'époux (3). L'abrogation de la notion de chef de famille ne nous paraît pas nier l'unité du ménage mais en introduire une conception neuve. L'unité résulte de la solidarité des époux et cette notion, mise en relief par leur égalité peut être une clef pour la solution de presque toutes les questions du droit matrimonial car elle lui restitue son principe communautaire.

43. — Sur le fondement de la solidarité conjugale et pour satisfaire aux exigences pratiques, il serait bon d'admettre une présomption réciproque selon laquelle chacun des époux est censé agir en accord avec son conjoint et de poser le principe que, sous réserve d'une méconnaissance de l'intérêt de la famille, tout acte de l'un lie l'autre à l'égard des tiers, chaque fois qu'il s'agit d'un acte à destination familiale.

(2) Le Reichsgericht, RGZ 84, 47 et 124, 56, avait déjà admis que la décision du mari, pour n'être pas arbitraire, devait être prise en considération des intérêts de la femme et après l'avoir consultée. Il était donc très proche du principe du consentement réciproque.

(3) CONTRA, CARBONNIER, Droit civil, coll. Thémis, t. I, p. 336. V. sur ce point, W. MÜLLER-FREIENFELS, Ehe und Recht, 1962, p. 104 et suiv., qui estime que toute idée de « pouvoir propre » pouvoir de direction du mari, pouvoir de gestion du ménage de la femme, est contraire à la communauté conjugale où tout doit être affaire commune.

On pourrait aussi faire appel à la notion de mandat tacite ou de gestion d'affaires, encore qu'il soit difficile d'appliquer aux rapports conjugaux des principes propres au droit des obligations : la gestion d'affaires par exemple, suppose une immixtion dans les affaires d'autrui; or, lorsqu'un époux agit dans l'intérêt de la famille ou au profit de l'autre conjoint, peut-on parler « d'immixtion » et peut-on également considérer le conjoint comme « autrui »?

L'idée de présomption d'accord entre époux semble préférable. Mais il faut déterminer la force et le domaine d'application d'une telle présomption.

Il ne peut s'agir d'une présomption irréfragable : l'époux qui, sur le fondement de la solidarité conjugale, se trouve lié par les agissements de l'autre, doit pouvoir prouver que le principe de solidarité ne s'applique pas. Cela peut être le cas lorsque les époux vivent séparés de fait ou lorsqu'il s'agit d'un acte qui n'entre pas dans la catégorie des actes à destination familiale.

Mais il s'agit alors de déterminer le domaine d'application du principe de solidarité et de la présomption qui en découle. Les époux gardent, même dans le mariage, une zone d'autonomie et de liberté d'action. Le principe de solidarité ne peut jouer que lorsqu'il s'agit d'actes ou de faits qui concernent le ménage, qui ont pour but le bien de la communauté familiale. Cette détermination doit évidemment rester souple; il est impossible de dresser une liste des actes ou des faits qui engagent les époux; mais il faut rechercher, à l'aide de critères objectifs (la nature de l'acte) et subjectifs (l'intention de l'auteur) et dans chaque cas particulier, si les agissements de l'un des époux entrent dans le cadre de la communauté conjugale ou s'ils concernent seulement l'individu isolé.

44. — Enfin, il est de l'intérêt de la famille que l'époux qui se comporte au mépris évident de ce dernier, n'engage pas le conjoint (4). Cette idée de mépris de l'intérêt de la famille n'est-elle pas toujours à l'arrière-plan de la notion d'injure grave, cause de divorce. L'époux atteint dans son honneur ou dans ses possibilités morales et matérielles de supporter la vie commune, se trouve délié de ses obligations à l'égard du conjoint. L'injure grave a peut-être, en apparence seulement, une résonance individuelle; c'est une atteinte à la personne, mais à travers la personne c'est une atteinte à la famille et, dans cette mesure, elle détruit le principe de solidarité. Lorsque les tribunaux qualifient d'injure grave les agissements de l'un des conjoints et qu'ils délient l'autre de ses obligations, ils appliquent moins une soi-disant théorie contractuelle du mariage, qu'ils ne constatent l'échec du principe de solidarité entre époux, lequel ne peut s'appliquer que dans l'intérêt de la famille. Cet intérêt est une idée vague qui recouvre une

(4) N'est-ce pas d'ailleurs un principe général du droit? L'abus de fonction n'engage pas non plus le commettant. Le mandant n'est pas tenu en cas d'abus de pouvoir du mandataire.

réalité concrète : l'intérêt de la famille, c'est avant tout l'harmonie des rapports entre époux. Mais peut-on raisonnablement penser, que le droit réussisse à y contribuer!

Section II

LES CONSÉQUENCES JURIDIQUES : LA SOLUTION DES CONFLITS CONJUGAUX

45. — Les applications juridiques concrètes de l'article 213 C. civ. et du § 1354 BGB en révèlent le caractère diffus et insaisissable. Il ne faut donc pas s'étonner qu'il en soit de même de la règle nouvelle.

L'argument principal qui parlait en faveur du maintien des prérogatives maritales était qu'elles offraient une solution aux dissensions entre époux. Le mari, en imposant sa volonté, évitait ainsi l'intrusion du juge dans les affaires de famille (5). Outre le caractère assez formel d'un tel pouvoir de décision — quelle efficacité peut avoir une volonté non acceptée? — cet argument reste d'une sincérité douteuse. En effet toute intervention judiciaire n'était pas exclue puisque, même sous l'empire de la puissance maritale, les juges français avaient admis une possibilité de recours de la femme contre les décisions abusives du mari. Ce recours, expressément ouvert par la loi du 22 septembre 1942, offre donc au juge le pouvoir d'intervenir dans l'intérêt de la famille. De même, en droit allemand, un tel recours existait au profit de la femme en cas de « Missbrauch » de pouvoir.

La valeur de cet argument est enfin démentie par les faits : certains l'avaient opposé déjà lors de la rédaction de la loi de 1942 contre l'admission du recours; il n'est pas dans les mœurs d'en appeler au juge pour trancher les conflits entre époux (6). La justice de l'État n'intervient en fait que dans les affaires très graves, lorsque la famille est en danger, qu'il s'agit par exemple de prononcer la déchéance de la puissance paternelle ou de retirer aux parents la garde d'un enfant.

(5) « On ne comprend pas », observait G. RIPERT en 1935, « comment dans la durée du mariage on peut instituer devant un tribunal un recours contre les manifestations de l'autorité maritale; cette autorité, il faut l'admettre complètement ou la supprimer », cité par L. AULAGNON, *Le juge et l'exercice des droits des époux*, Études Ripert, t. I, p. 390 et suiv.

(6) Sur le développement récent de certaines formes d'arbitrage, qui apparaissent plus aptes à trancher les conflits. V. *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, t. IX, n° 13, 1960. Colloque de l'A.I.S.J., Chicago 1957, sur les moyens d'assurer la stabilité de la famille. G. MARTY, *Le conseil au mariage en France*, p. 193.

D. JOHNSTON, *Marriage Counseling and Family Life Education in the United States*, p. 70.

J.-M. MOGEY, *The state of Marriage Counseling and Family Life Education in England in 1957*.

46. — Quelles modifications de ce régime la disparition de l'autorité maritale va-t-elle entraîner?

Techniquement, la différence est dérisoire. Elle consiste essentiellement dans la réciprocité du droit de recours des époux soit en cas de décision abusive contraire à l'intérêt de la famille et prise par l'un des époux sans le consentement de l'autre, soit en cas de refus sans raison valable par l'un des époux des projets de l'autre. Le recours est désormais accordé au mari comme il l'était à la femme et le critère d'appréciation demeure l'intérêt de la famille (7).

A partir du moment où le principe même du recours judiciaire est admis, à partir du moment où l'on considère que les décisions relatives à la vie familiale sont susceptibles de contrôle, il n'y a pas de raison de refuser la réciprocité du droit de recours. On ne voit pas pourquoi la femme serait seule à en bénéficier, seule aussi à en supporter la charge, notamment la charge de la preuve de l'abus de pouvoir du mari (8).

Le rôle du juge demeure inchangé : il devra rechercher dans chaque cas si la décision prise ou le refus opposé sont ou non conformes à l'intérêt du ménage.

Telle était la solution préconisée par la Commission de Réforme du Code civil (9), aux conflits entre époux.

Conformément à l'avis unanime de la doctrine, la loi allemande de 1957 n'a pas cru devoir introduire la possibilité d'un recours spécial. La règle selon laquelle les époux doivent s'entendre pour les affaires communes est dépourvue de sanction judiciaire directe (10). Elle n'en reste pas moins une règle de droit, car s'il est de la nature de la règle de droit, il n'est pas de son essence d'être toujours assortie d'une action.

Les juristes allemands ont estimé le recours à la justice impraticable (que doit faire le juge? Donner raison à l'un contre l'autre? Prendre une décision à la place des époux?) et néfaste. Les désaccords conjugaux doivent se résoudre au sein du ménage et la famille doit être protégée contre l'intrusion de l'État (11). Mais comme la règle se

(7) La question fut discutée à propos de l'article 223, C. civ., Nancy, 24 juillet 1952, J.C.P. 1952, II, 7195, note VOIRIN, de savoir si le critère qui doit faire admettre le recours est l'intention de nuire ou l'intérêt de la famille. Le second permet en effet une intervention plus grande du juge car il s'agit d'un critère plus objectif, donc plus aisé à prouver, plus large aussi. Mais l'intention de nuire est par nature contraire à la règle de bonne entente, donc s'insère dans l'idée plus vaste d'intérêt de la famille.

(8) Sur la charge de la preuve et les pouvoirs du juge dans la solution des conflits entre époux, V. L. AULAGNON, article précité.

(9) Travaux de la C.R.C.C., 1949-1950.

(10) PALANDT-LAUTERBACH, *op. cit.*; ARNOLD, *op. cit.*; BEITZKE, *op. cit.*; DÖLLE, *op. cit.*

(11) A la suite de l'effondrement du III^e Reich, la repliement des Allemands dans la vie privée, observé par les sociologues, explique en partie cette prise de position de méfiance à l'égard de l'intrusion du juge étatique. L'interprétation de l'article 6 GG va dans le même sens : l'État doit, selon ce texte, protéger la famille, c'est-à-dire qu'il doit d'abord se garder d'y intervenir. Une telle conception est peut-être temporaire.

déduit désormais du § 1353 BGB, les époux ont toujours à leur disposition la « *Herstellungsklage* ».

47. — L'application du principe d'égalité des droits va-t-elle, comme le pensent certains, susciter des conflits conjugaux plus fréquents et développer, en conséquence, des recours judiciaires plus nombreux? Sur le premier point, il est aisé de répondre que la stabilité familiale est due à bien d'autres facteurs qu'à celui de la situation juridique des époux et que la règle qui leur impose de s'entendre est de nature à la renforcer. Sur le deuxième point, il est difficile de prévoir l'avenir et les expériences législatives étrangères sont encore trop récentes pour que l'on puisse émettre un diagnostic sûr. Cependant, il demeure vrai que les mœurs actuelles n'incitent pas les gens à recourir sans cesse à la justice de l'État. Le droit en tant que tel, et sous son aspect judiciaire notamment, n'est pas ressenti comme un moyen de solution aux problèmes intimes (12).

Ce problème reste donc entier. Dans l'état actuel du droit et de l'organisation judiciaire, il semble difficile d'y trouver des solutions satisfaisantes.

48. — C'est alors que se pose la question de savoir quel rôle le droit peut et doit jouer dans les rapports de famille. Tous les procès qui opposent des époux sont, à quelques exceptions près, des procès qui mettent en cause l'existence même du lien matrimonial (divorce) ou celle de la communauté conjugale (séparation de corps; demande de résidence séparée) (13). Il semble que le rôle sanctionnateur de la décision judiciaire ne soit pas de nature à aider à la poursuite d'une vie commune harmonieuse. Les différends entre époux (14) appel-

(12) Il est significatif que les mouvements familiaux actuels qui se préoccupent de la solution des conflits conjugaux ne conseillent pas le recours au juge étatique, personnage trop éloigné du commun des mortels, et créent des organismes et forment des « *conseillers familiaux* », dont le rôle de conseil se rapproche plutôt de l'arbitrage.

Création en France en 1955 d'une association « *Les conseils familiaux français* » inspirée de l'expérience anglaise du « *marriage counselling* ».

Le rôle joué par les assistantes sociales serait à étudier aussi. De même les associations familiales chrétiennes. V. sur ce point, Renouveau des idées sur la famille, Institut national d'Études démographiques, Cahier n° 18, G. MARTY, *op. cit.*; Semaines sociales de France, Bordeaux, 1957. L'évolution sociale et économique a supprimé les cadres et conseils traditionnels qui intervenaient souvent dans les conflits conjugaux (parents, curé, médecin, etc.) et le problème s'en est trouvé accentué. Ces organisations tâtonnent et cherchent y à suppléer.

(13) Un arrêt récent de la Cour de Paris du 27 juin 1963, J.C.P. 1963, II, 13360, affirme même, aussi contradictoire que cela paraisse a priori, que le manquement aux obligations légales qui résultent du mariage a pour sanction le divorce ou la séparation de corps à l'exclusion de toute autre action judiciaire, notamment d'une demande de dommages et intérêts; en excluant les sanctions du droit commun, cet arrêt témoigne de la spécificité du droit familial mais aussi de l'échec de ces sanctions judiciaires qui ne savent que désunir officiellement.

(14) Certains pays, tels le Japon et le Brésil, ont institué des tribunaux spéciaux, dits tribunaux de famille, où le juge est d'abord un conciliateur.

lent la conciliation et non la sanction. Ils doivent être jugés en équité et non par application des règles de droit strict.

Il est des formes de vie sociale, qui ne sont pas favorables à l'épanouissement du droit. Si le droit, tel que nous le concevons, n'a jamais réussi à construire la communauté conjugale mais seulement à en saisir quelques effets, n'est-ce pas comme le pense H. Coing que la communauté est irréductible au droit. « Le droit suppose un certain individualisme : le mien et le tien nettement séparés; il naît donc lorsque se dissolvent les anciennes communautés; il disparaîtrait à nouveau quand arriverait à se fonder une idéale communauté des hommes » (15).

Ainsi s'explique que les rapports personnels des époux ne soient véritablement saisis par le droit qu'au moment de la dissolution de la communauté conjugale et que le droit allemand n'ait pu assortir d'exécution forcée les décisions judiciaires intervenant en ce domaine.

De tels recours sont inefficaces car il n'est pas dans le pouvoir du juge de rétablir la paix dans le ménage. Le droit tel que nous le concevons, dans sa rigidité, n'a pas sa place entre époux. Lorsque le législateur et les auteurs allemands ont exclu tout recours en cas d'abus de pouvoir d'un époux, ils ont adopté une position sage. On peut regretter seulement qu'ils semblent l'avoir fait, là encore, par application de principes juridiques constitutionnels à savoir la non-ingérence de l'État dans les rapports personnels de la famille alors que le même résultat eut été plus raisonnablement obtenu par une réflexion de bon sens sur l'inaptitude du droit à régir certaines situations humaines (16).

Certains auteurs ont pourtant senti cette erreur : W. Hamel (17), notamment, lorsqu'il écrit que « le législateur profane ne peut donner de la communauté conjugale qu'un ordre général rationnellement établi, mais il ne peut définir de façon rationnelle des rapports irratiionnels; si le législateur cherche à déterminer de tels rapports, il détruit la communauté conjugale dans son essence. Ainsi, par exemple, un pouvoir de décision du mari, rationnellement établi, contredit le

(15) Compte-rendu de l'ouvrage de H. COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1950, in M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 1962, p. 306.

(16) Certaines pratiques dans la procédure de divorce révèlent que très fréquemment les époux fabriquent des griefs purement fictifs (échange de lettres d'injures par ex.) et obtiennent le divorce au vu de faits imaginés; ces pratiques sont révélatrices de l'attitude des individus à l'égard de la justice : s'ils laissent le juge à l'écart des faits ou des fautes réels qui justifient le divorce, si le juge ignore la véritable situation, il semble qu'il s'agisse plus d'un réflexe de pudeur et d'une volonté de ne pas montrer en public les causes parfois sordides de l'échec d'un couple, que du désir de réaliser contre les textes légaux un divorce par consentement mutuel, lequel n'apparaît que secondairement.

CHESNÉ, *Le divorce par consentement mutuel*, D. 1963, chron. 95 et la réponse de H. MAZEAUD, *Le divorce par consentement forcé*, D. 1963, 95.

(17) W. HAMEL, *Von den Grenzen profaner Gesetzgebung in Ehesachen*. AcP, 1954, p. 481 et suiv.

V. aussi MÜLLER-FREIENFELS, *Ehe und Recht*, p. 36, note 1.

mariage, qu'il paraisse s'imposer pour des raisons religieuses ou naturelles : car lorsqu'un mari est obligé d'en appeler à la loi étatique et aux tribunaux, son ménage est malade, il est même détruit et l'État est incapable de lui restituer sa structure interne, car les critères rationnels séparent et distinguent mais ne lient pas ».

49. — Ainsi, le droit normatif ne réussit pas à saisir, dans leur vérité, la nature des rapports conjugaux. Mais c'est surtout croyons-nous, au niveau de l'application de la règle c'est-à-dire de la sanction, que l'inaptitude de cette dernière se fait sentir : le droit qui tend à réaliser une certaine justice, échoue à rétablir la paix dans le ménage car il ne parvient « à régler le conflit qu'en détruisant et liquidant le groupe dont on veut préserver l'existence » (18). C'est à des « remèdes » d'un genre nouveau qu'il faut faire appel dans la mesure où l'intimité du couple ne constitue pas une barrière à leur mise en œuvre. De même que le droit pénal s'oriente vers la rééducation du délinquant, de même « la thérapeutique des mariages malades » (19) relève de mesures autres que des sanctions légales.

Il n'est pas nécessaire que des époux vivent selon le droit; à la limite cela leur nuit. Dans la communauté familiale « le non-droit est l'essence, le droit l'accident » (20).

Le malaise du droit de la famille vient peut-être de la volonté de l'État de régir des relations humaines qui lui échappent et surtout peut-être de le faire selon des critères et des techniques, empruntés au droit des obligations et de ce fait difficilement applicables aux rapports conjugaux. Il nous semble que le droit de la famille est, au sein du droit privé, un droit plus autonome que le droit commercial par exemple, car les rapports entre époux ne peuvent pas être des rapports de créancier à débiteur. De la nature des rapports en cause dépend l'originalité des solutions juridiques qu'on cherche à leur appliquer (21).

Nous serons amenés à voir que la jurisprudence française par exemple a fait produire à la communauté conjugale des effets *contra legem* (22), mais conformes à l'idée profonde que le mariage est une communauté, dont la nature propre appelle des solutions originales.

Ces difficultés, inhérentes au droit familial, vont pouvoir être vérifiées par l'étude de deux exemples qui nous apparaissent fondamentaux dans la communauté conjugale :

(18) R. DAVID, *Le dépassement du droit et les systèmes de droit contemporains*, Archives de Philosophie du droit t. VIII, 1963, p. 3.

(19) W. MÜLLER-FREIENFELS, *Ehe und Recht*, 1962.

(20) J. CARBONNIER, *L'Hypothèse de non-droit*, Archives de Philosophie du droit, *op. cit.*, p. 62.

(21) Les pays socialistes ont rédigé des codes spéciaux pour le droit de la famille, attestant ainsi son autonomie.

(22) Notamment en matière de pouvoir domestique de la femme mariée; l'idée de mandat ne permet pas la solidarité des époux, qu'impose pourtant l'existence d'une communauté. V. *infra*, p. 145 ss.

— d'une part le choix de la résidence du ménage, lequel concerne l'établissement du couple, et d'autre part l'exercice de la puissance paternelle qui définit la situation respective des époux à l'égard de leurs enfants communs. L'étude de ces deux attributs de la qualité de « chef de famille » doit permettre d'étudier plus concrètement comment s'applique le principe d'égalité d'époux et ce qui en résulte sur le plan de la famille.

CHAPITRE II

Le choix de la résidence conjugale

Section I

ÉTAT DU DROIT FRANÇAIS ET ALLEMAND (AVANT LA RÉFORME)

§ 1. — LE PRINCIPE

50. — Les rédacteurs du Code civil et du BGB, comme ceux d'ailleurs de la plupart des législations occidentales, n'avaient pas voulu isoler ces deux éléments qui s'influençaient réciproquement : l'obligation de vie commune et les droits de puissance du mari. La famille étant traditionnellement organisée selon un principe hiérarchique, une telle distinction apparaissait non seulement impossible, mais contraire à la nature même du mariage. Le mari jouissait tout naturellement du droit de fixer la résidence du ménage et le devoir de cohabitation s'analysait pour la femme en une obligation de suivre son mari là où il jugeait bon de demeurer, ce dernier étant en contrepartie tenu de la recevoir.

Dans l'Ancien droit, on a invoqué le droit naturel comme fondement de la règle (1); mais celle-ci est actuellement plutôt justifiée par le fait que la résidence du ménage dépend, dans la majorité des

(1) POTHIER, Traité de la puissance du mari, n° 1 « La puissance du mari sur la personne de la femme consiste *par le droit naturel*, dans le droit qu'a le mari d'exiger d'elle tous les devoirs de soumission qui sont dus à un supérieur. Un de ces principaux effets est un droit qu'a le mari d'obliger la femme à le suivre partout où il juge à propos d'aller demeurer ou résider.

cas, du lieu où le mari exerce sa profession, laquelle fait vivre la famille. L'article 214 anc. C. civ. et le § 1354 du BGB exprimaient clairement ce principe : « La femme est obligée d'habiter avec le mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider, le mari est obligé de la recevoir... » (art. 214); « Il appartient au mari de décider de toutes les affaires concernant la vie conjugale commune; il détermine en particulier la résidence et le logement » (§ 1354 BGB).

Tant en droit français qu'en droit allemand, un lien direct était établi entre les prérogatives du mari et son droit unilatéral de décider du lieu où le ménage s'établira (2).

51. — Les réformes françaises de 1938 et 1942, et les discussions qui se sont élevées lors de leur élaboration ne laissent planer aucun doute sur le maintien du principe. Le mari, en tant que chef de famille, conserve le pouvoir personnel mais non discrétionnaire de fixer la résidence conjugale, à condition que l'exercice de ce droit n'aille pas à l'encontre de l'intérêt de la famille (3). Mais quels que soient les tempéraments apportés à la rigueur primitive de cette prérogative, on peut dire que, dans son principe, elle n'a pas encore été mise en cause en France (4). Il est naturel qu'il en soit encore ainsi, puisque, malgré la tendance à accorder aux époux des droits égaux, la famille demeure dans les textes, sinon dans les mœurs, une institution hiérarchique.

§ 2. — LA VALEUR PRATIQUE DE CE PRINCIPE

52. — On ne peut nier l'importance théorique de cette règle, en tant qu'expression d'une certaine conception de la famille. Mais qu'en est-il du point de vue pratique? Quels moyens le droit donne-t-il au mari de faire respecter son autorité en ce domaine, lorsque cette autorité n'est pas acceptée? Qu'en résulte-t-il sur le plan de la famille?

Il faut reconnaître que le droit éprouve quelques difficultés à conférer aux prérogatives du mari les sanctions nécessaires à leur respect. Malgré leur caractère d'ordre public, elles échappent à toute possibilité de sanctions adéquates. Si la femme refuse de cohabiter avec son mari, celui-ci est désarmé. La réintégration *manu militari*

(2) La femme devait se soumettre même si le mari fixait la résidence du ménage à l'étranger, Civ. 2 mars 1926, D.H. 1926. 282, Civ., 27 juillet 1927, G.P. 1927, 2, 843, s'il y avait des dangers de contagion, Civ., 28 décembre 1932, G.P. 1933, 1, 537.

(3) En admettant une possibilité de recours judiciaire de la femme contre la décision du mari, lorsque la résidence fixée par lui présente des dangers pour la famille, la loi du 22 septembre 1942 a, semble-t-il, consacré la jurisprudence antérieure qui, sur le fondement de la théorie de l'abus de droit, distinguait entre l'usage licite et l'usage abusif des droits du mari. L'usage licite était en fait l'usage dans l'intérêt de la famille.

(4) La question a cependant été abordée et discutée par la Commission de réforme du Code civil, Travaux de la C.R.C.C., 1949-1950, p. 54.

appartient au passé et l'impossibilité de son exécution est depuis longtemps admise par la doctrine et la jurisprudence. Les sanctions pécuniaires, telles que la condamnation à des astreintes, supposent l'existence de revenus chez la femme, et de toutes façons elles semblent plutôt précipiter la dissolution définitive du ménage que favoriser le rétablissement de la vie commune qu'elles ont cependant pour objet de poursuivre.

Cette analyse serait insuffisante si on ne tenait pas compte d'une sanction qui peut s'avérer en fait très efficace : le mari sur qui pèse principalement l'obligation alimentaire, peut valablement refuser à la femme d'exécuter sa dette. Il n'est pas tenu de l'entretenir ni de faire face aux frais occasionnés par la résidence séparée que la femme prétend avoir, en dehors de toute décision judiciaire (5).

Lorsque divorce s'ensuit, les tribunaux ne jugeront pas coupable le mari qui s'est ainsi délié de son obligation alimentaire.

Celui-ci invoquera une sorte d'exception *non adimpleti contractus* et ceci nous montre que la conception contractuelle du mariage, contestée par une certaine doctrine, n'est pas méconnue par les tribunaux (6). Cependant, cette sanction qui suppose l'inexistence de ressources personnelles chez la femme, ne peut prétendre à la réintégration forcée de la femme au foyer.

53. — C'est pourquoi on peut admettre que l'autorité du mari dans le choix de la résidence n'a qu'une valeur théorique et morale, qu'elle est dépourvue de sanctions efficaces et qu'elle n'a de chance d'être effectivement respectée que si elle est librement acceptée par la femme. Cette exigence du libre accord de la femme, de sa soumission volontaire à la décision du mari, situe déjà les époux sur un pied d'égalité morale qui rend le maintien du droit du mari sans objet. Ce pouvoir unilatéral du mari est surtout formel puisqu'il ne permet pas de résoudre les conflits pour lesquels il est institué.

Deux facteurs importants et relativement récents sont, par ailleurs, venus modifier les données du problème : la grande mobilité sociale d'une part qui incite ou oblige bien des ménages à changer fréquemment de résidence, ou même à résider séparément, du fait de la pénurie de logement; la diffusion du divorce d'autre part : lorsque les époux étaient irrémédiablement liés l'un à l'autre, la loi pouvait plus simplement et plus efficacement leur dire où ils devaient résider et ce, en obligeant la femme à vivre au lieu de la résidence conjugale et le mari à lui payer une pension s'il s'en allait.

(5) Un arrêt de la Cour de Paris, 21 février 1964, JCP 1964, II, 13629, note. ROUAST a imaginé de sanctionner le refus de la femme de réintégrer le domicile conjugal par le refus du droit de visite à ses enfants. Une telle solution est aussi injustifiable qu'inhumaine.

(6) PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil français, T. II, n° 366.

Si les tribunaux s'inspirent du droit contractuel, il ne s'agit que d'une analogie et d'un procédé technique qui ne concerne pas la nature même des rapports des époux. « Le mari peut se désolidariser de sa femme lorsque celle-ci a déjà brisé la solidarité entre époux », exprimerait plus exactement la réalité.

De plus lorsque le divorce est possible, les conflits entre époux relatifs au choix de la résidence commune naissent bien plus du poids du lien conjugal lui-même que de celui de l'autorité maritale.

Si la question présente donc plus d'intérêt dans les pays qui n'admettent pas le divorce, certains estiment cependant nécessaire de maintenir le pouvoir du mari de choisir la résidence du ménage, même lorsque le divorce est possible, car on objecte à juste titre apparemment, que ce pouvoir du mari permet de fixer les responsabilités des époux en cas de dissolution du mariage par divorce. En effet, en l'absence de tout abus de droit de la part du mari, la femme qui refuse de le suivre ou qui décide sans raison valable de s'établir ailleurs, se rend incontestablement coupable, puisqu'elle méconnaît le devoir de cohabitation. La solution apparaît cependant moins claire en ce qui concerne le mari. En effet, si on pousse à l'extrême la règle de l'article 215 C. civ., il n'y a jamais abandon du domicile conjugal de la part du mari. Si celui-ci quitte la maison familiale, on ne pourra admettre sa culpabilité que s'il refuse expressément de recevoir sa femme. A la limite, le devoir de cohabitation ne s'imposerait qu'à la femme. Or, il est évident que ce devoir est, par sa nature même, un devoir réciproque des époux et il semble bien que les tribunaux, dans les procès de divorce, traitent les époux de façon égalitaire en ce qui concerne le respect de ce devoir. En pratique, lorsque le mari quitte le domicile conjugal sans motif valable, les tribunaux n'exigent pas que la femme apporte la preuve que son mari refuse de la recevoir, et ce dernier sera considéré comme coupable, bien que légalement il ne le soit pas (7). En théorie, la notion de résidence conjugale n'existe pas car elle se confond avec la résidence du mari qui demeure libre dans les seules limites de l'intérêt de la famille. Or la pratique judiciaire ne semble pas admettre les conséquences d'une telle idée et elle constate l'abandon de la résidence conjugale toutes les fois qu'il apparaît que le mari a cherché à se soustraire au devoir de cohabitation en changeant de résidence (8).

(7) Il semble que chaque fois que la femme refuse de suivre son mari, les tribunaux français recherchent si elle n'avait pas de justes motifs d'agir ainsi. Ainsi des excuses lui sont aisément consenties : l'abandon ou le refus de réintégrer le domicile conjugal n'est pas injurieux s'il est justifié par l'attitude violente du mari, Req., 27 janvier 1908, D.P. 1908, I, 154, ou par la cohabitation forcée avec les beaux-parents, Civ. Sect. civ., 21 mars 1950, D. 1950, 395.

Sur l'interprétation large de la notion d'abus du droit de fixer la résidence conjugale par le mari : Civ. Sect. civ., 10 octobre 1957, Bull. civ. II, p. 397, n° 613.

(8) Cependant de nombreuses décisions qualifient de « maison conjugale » le « lieu où le mari habite quelques temps et où il acquiert ainsi une résidence ayant un certain caractère de fixité », Trib. corr. Seine, 28 juin 1963, J.C.P. 1963, II, 13446, sans qu'il apparaisse nécessaire que la femme y ait habité ou l'ait même connue, Bordeaux 16 février 1948, J.C.P. 1948, IV, 86 à condition qu'elle ait pu y être reçue. Mais cette interprétation extensive de la notion de domicile conjugal semble due exclusivement à la volonté des tribunaux d'incriminer plus souvent le mari d'adultère et de rétablir par ce moyen détourné l'égalité de traitement, malgré l'inégalité instituée par l'article 339 C. pen., entre l'homme et la femme au regard de l'obligation de fidélité entre époux.

Par conséquent, s'il est de l'essence de l'obligation de cohabitation d'être réciproque, on peut se demander si le caractère exclusif du droit du mari ne perd pas toute justification et s'il ne serait pas plus juste et plus exact d'admettre que le choix de la résidence du ménage doit résulter d'un accord des époux, d'une décision commune.

Section II

LE PRINCIPE D'ÉGALITÉ DES ÉPOUX ET LE CHOIX DE LA RÉSIDENCE DU MÉNAGE

54. — Le maintien d'une règle comme celle que contiennent l'article 215 C. civ. et le § 1354 BGB, se justifie-t-il encore, si on considère le ménage comme l'union de deux partenaires fondamentalement égaux? Il est incontestable que du jour où toute prépondérance du mari se trouve abolie, cette prérogative pour le choix de la résidence du ménage perd son fondement. Est-ce à dire que dès lors les époux se trouveront libres de résider où il leur plaira de vivre? Si telle devait être la conséquence de l'application du principe de l'égalité entre époux, nous ne pourrions qu'approuver ceux qui s'y opposent; en effet, la base de la vie conjugale, qui demeure une vie commune, se trouverait détruite.

Il est vrai que les craintes des partisans du maintien de la prépondérance maritale ne sont, de prime abord, pas dépourvues de raison. Car, étant donné le lien étroit qui unit la règle apparemment limitée de l'article 215 C. civ. à l'obligation générale et réciproque de vie commune, on risque, en modifiant la première, d'anéantir indirectement la seconde (9).

Cependant les législations qui se sont inspirées du principe d'égalité, et notamment la législation allemande, n'ont pas voulu que son application ait pour effet de détruire les fondements de la vie familiale. Il n'était question ni d'abroger, ni même de mettre en cause le devoir de cohabitation. Les époux restent tenus de vivre ensemble et cette obligation est d'ordre public (10).

(9) Toulouse, 30 janvier 1961, D. 1961, 324, note H. ROLAND, R.T.D.C., 1962, 77, R.T.D.C., 1962, p. 77, obs. H. DESBOIS.

(10) Il peut en être autrement lorsque la séparation amiable est admise, comme en Italie et en Angleterre. Dans ce cas, les époux peuvent décider d'un commun accord de mettre fin à la vie commune et se délient ainsi du devoir de cohabitation. Cette position s'explique parfaitement lorsque la loi n'admet pas le divorce. Mais le droit anglais fut conduit à admettre les séparations amiables malgré la possibilité de divorcer. Le droit français qui ne peut les empêcher, devrait s'aligner sur le droit anglais.

V. sur ce point, Catherine QUIERS, Les séparations amiables entre époux en droit français, anglais et italien, thèse, Paris 1957.

Si le mari perd son pouvoir unilatéral de fixer la résidence du ménage, le choix devra résulter d'un accord des deux époux. On doit attendre des époux qu'ils s'entendent sur les affaires communes, or le choix de la résidence n'est-il pas le type même d'affaire commune? Il conditionne le respect du devoir de cohabitation et en est la conséquence.

55. — Ce devoir est essentiellement réciproque; le mari et la femme sont également tenus de s'y soumettre; il apparaît donc normal que les deux époux aient un droit égal de décider du lieu où ce devoir s'accomplira, et que le choix de la résidence, lorsque ce choix est possible, soit le résultat d'un accord des époux.

D'ailleurs n'en est-il pas ainsi dans la plupart des cas? Le mariage est-il possible s'il n'y a pas dès le début, accord sur le lieu où vivra le ménage? Il semble bien qu'en pratique le problème soit moins grave que ne le laissent croire les discussions doctrinales qui se sont élevées sur ce point

Cependant deux facteurs donnent à ce problème une évidente actualité : la profession de la femme, le changement de résidence pouvant entraîner soit son abandon, soit des difficultés de reclassement, et le développement des rapports internationaux qui affectent eux aussi la profession de l'un des époux : soit qu'il s'agisse de mariage entre étrangers, soit qu'il s'agisse d'une implantation plus ou moins temporaire du ménage à l'étranger.

Mais, en règle générale, y a-t-il fréquemment possibilité matérielle de choisir? Les époux sont rarement tout à fait libres de choisir? La résidence du ménage dépend presque complètement du lieu où la profession des époux est exercée (11). Dans les cas où seul le mari exerce une activité professionnelle et assure seul l'entretien du ménage, la femme n'a en principe aucune raison valable de refuser d'habiter avec son mari au lieu où sa profession l'oblige de vivre. M. Vuchoud (12) avait bien vu ce lien de fait entre la résidence du ménage et le lieu de la profession, lorsqu'il proposait que le choix appartienne à celui des époux qui contribue le plus aux charges de la famille. Outre les difficultés qu'il y aurait à déterminer l'époux responsable du choix, une telle solution ne paraît pas souhaitable, car elle méconnaît le principe d'égalité et, par suite, la nécessité d'imposer une décision commune.

Une décision commune nous apparaît également nécessaire lorsqu'il s'agira de modifier la résidence au cours du mariage. Soit qu'il s'agisse d'une volonté libre de vivre ailleurs, soit que des exigences professionnelles imposent cette modification, il sera nécessaire

(11) Le parti socialiste allemand avait au cours des débats relatifs à l'adoption du § 1354 BGB proposé que « le choix de résidence du ménage soit fait par celui des époux dont la profession est déterminante pour la vie de la famille ». Cité par HEDEMANN, *Die Rechtsstellung der Ehefrau*, 1952, p. 6.

(12) R. VUCHOUD, *L'application de la loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée*, Thèse, Paris 1941, p. 63.

que l'autre époux y consente librement. C'est d'ailleurs dans cette hypothèse que le problème se pose le plus fréquemment.

56. — La jurisprudence allemande consacra cette règle nouvelle avant même que la loi d'égalité ne soit promulguée : les cas ne manquèrent pas à la suite de la guerre qui séparèrent des époux, lesquels n'arrivaient pas à se retrouver. Un arrêt de la Cour d'Appel de Celle (13) trancha un litige qui opposait deux époux sur le choix d'une nouvelle résidence pour le ménage : le mari prisonnier de guerre voulut s'installer après sa libération, en Allemagne de l'Ouest, tandis que la femme désirait rester en Allemagne de l'Est où elle avait trouvé logement et travail pour sa fille et elle. Le mari demanda le divorce aux torts de sa femme pour refus par elle de le suivre. La Cour estima que le mari ayant perdu ce pouvoir d'ordre, tant en vertu de l'article 3 de la Loi fondamentale qu'en vertu de la loi du 7 octobre 1949 applicable en DDR, il ne pouvait contraindre sa femme à le suivre ou à défaut invoquer l'injure grave, que s'il établissait que son choix de la résidence servait mieux l'intérêt de la famille que celui fait par sa femme et qu'en l'espèce, il n'y avait pas lieu de considérer l'attitude de la femme comme injurieuse, car elle faisait valoir des arguments tout aussi valables que ceux du mari. Celui-ci aurait dû agir en « rétablissement de la vie commune » (*Herstellungsklage*).

57. — L'accord des époux sur ce point nous semble d'une importance fondamentale, d'abord parce qu'il est la seule solution conforme au principe d'égalité, mais surtout parce qu'il concrétise la volonté commune de vivre ensemble; et nous avons vu que le respect du devoir de cohabitation n'existe que si les deux époux, librement et réciproquement, acceptent de s'y conformer, les pressions n'aboutissant qu'à des échecs ou à de fausses victoires.

Il est bien évident dans une telle hypothèse que la loi ne résout pas la question pour les époux, comme elle le faisait précédemment en accordant le droit au mari d'imposer sa volonté en cas de conflit. Elle les laisse libres et responsables du choix tout en leur imposant de respecter la communauté de vie.

Le maintien de l'obligation de vie commune est indispensable. C'est pourquoi une disposition que l'on rencontre dans certains droits socialistes (14), selon laquelle un conjoint n'est pas tenu de suivre l'autre lorsqu'il change de résidence, nous paraît redoutable; non seulement par la liberté ainsi laissée aux époux de dissoudre en fait

(13) OLG Celle, 13 mai 1954, NJW 1954, 1527. « Aux termes du § 1354, les époux sont tenus de s'entendre sur le choix de la résidence. S'ils ne s'entendent pas, la femme qui refuse de suivre son mari ne commet de « *schwere Eheverfehlung* » que s'il est établi que le choix du mari sert objectivement mieux l'intérêt de la famille ». Pour une hypothèse tout à fait comparable, V. OLG Schleswig, 30 août 1957, FamRZ 1957, 420.

(14) Article 9 du Code de la famille de la R.S.F.S.R.
Article 32, Loi bulgare du 9 août 1949.

le ménage, mais par le pouvoir donné aux tiers employeurs d'un des époux de modifier le lieu de son emploi sans tenir compte de l'autre conjoint.

Il faut au contraire admettre que lorsqu'un véritable choix est possible et nécessaire, soit que les époux exercent une profession dans des lieux différents, soit qu'ils appartiennent à des pays différents, soit que leurs goûts divergent, ils doivent désormais s'efforcer d'aboutir à un accord (15). La femme n'est pas plus tenue de suivre son mari que ce dernier n'est tenu de la suivre. A eux de s'entendre dans le respect de leurs libertés et intérêts réciproques et dans l'intérêt général de la famille.

58. — On objecte à juste titre qu'une telle règle ne permet pas de résoudre le conflit toujours possible en cas de désaccord des époux; le droit est fait pour donner une solution aux conflits, aux cas anormaux; or la règle nouvelle ne peut qu'aboutir à un recours aux tribunaux, et ceux-ci, dans l'état actuel de leur organisation, ne sont pas aptes à trancher de tels litiges. Mieux vaut s'en remettre à cette sorte de justice privée qu'est l'autorité maritale (16).

Ces arguments, valables au point de vue théorique, perdent en pratique chaque jour de leur portée. Il est sûr que lorsque s'installe un désaccord profond et durable sur la résidence du ménage, c'est toute la volonté de vie commune qui est en jeu, donc presque l'existence même du ménage. Si les époux n'arrivent pas à un accord, une séparation de fait amiable ou imposée s'installera entre eux; ces séparations que notre droit réprouve sont néanmoins fréquentes (17). Et si les époux s'adressent au tribunal, celui-ci n'interviendra le plus souvent que pour achever la dissolution du ménage (18).

L'autorité du chef de famille n'a jamais permis d'éviter le divorce ou la séparation de fait, lorsque cette autorité n'est pas acceptée (19).

(15) La Cour de cassation, Civ., 9 juillet 1954, Bull. civ. 1954, II, 178, n° 258, estime que les juges du fond doivent rechercher et apprécier souverainement si « le fait pour le mari de contracter un engagement professionnel qui l'oblige à quitter le pays où vivait le ménage constitue ou non une injure grave au sens de l'article 232 C. civ. ». N'est-il pas plus simple et plus logique que le mari obtienne l'accord de sa femme?

(16) V. sur ce point, les discussions de la Commission de réforme du Code civil, Travaux de la C.R.C.C., 1949-1950, p. 54 et suiv.

La loi du 22 septembre 1942 qui accordait à la femme un recours contre la décision du mari, lorsque la résidence fixée par lui portait atteinte aux intérêts physiques et moraux de la famille, avait été critiquée pour les mêmes raisons. Or l'expérience a montré que l'usage de ce droit n'a pas donné lieu à des abus.

(17) Sur la tendance de la jurisprudence à tolérer aisément la séparation de fait, PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique*, t. II, n° 366 bis.

(18) L'intervention du tribunal ne garde son sens que dans les pays qui n'admettent pas le divorce ou qui l'admettent avec difficulté. La question se pose alors sur le plan de l'obligation alimentaire. Cependant, il est de nos jours évident que ce recours est extrêmement rare et qu'il n'est que le prélude à une action en divorce ou en séparation de corps.

Si le principe d'égalité n'apporte pas de solution claire à ces désaccords conjugaux, parce qu'il s'en remet à la sagesse des époux, il a au moins l'avantage d'être conforme à la réalité et de renforcer le caractère de réciprocité du devoir de cohabitation, en imposant aux époux de prendre une décision commune.

L'application du principe d'égalité n'apporte en effet d'autre solution aux désaccords que le recours aux tribunaux. Ce recours, ouvert à la femme par la loi de 1942, le sera également au mari. Le tribunal pourra soit ordonner à la femme de suivre son mari, s'il estime que ce dernier a respecté l'intérêt de la famille, soit l'autoriser à résider séparément s'il tient pour valables et fondés les arguments de celle-ci. Tout est une question d'appréciation; il s'agira de rechercher dans chaque cas si l'époux qui refuse la cohabitation agit dans un intérêt individuel et égoïste sans prendre en considération les intérêts de l'autre et de la famille. Un tel recours existe dans le droit allemand au profit des deux époux, grâce à l'action en « rétablissement de la vie commune ». Mais on sait que cette action n'est pas susceptible d'exécution forcée. La question ne présente en réalité d'intérêt que lors du divorce ou de la séparation de corps, quand il s'agira d'apprécier les torts réciproques des époux par rapport au devoir de cohabitation.

59. — Telle est la solution implicitement admise par la loi allemande du 18 juin 1957. Nous disons « implicitement admise » car aucun texte n'affirme expressément que les époux doivent choisir d'un commun accord la résidence du ménage. Mais cette règle résulte inévitablement de l'abrogation du § 1354 BGB et de l'obligation correspondante faite aux époux de s'entendre sur les affaires communes.

Il ne semble pas, à notre connaissance, que la doctrine allemande ait émis sur ce point de véritables critiques. Les controverses, plus idéologiques que pratiques, se sont élevées à propos du maintien ou de l'abrogation du § 1354, c'est-à-dire au moment du choix entre une organisation hiérarchique ou égalitaire de la famille. Ce choix étant fait, la question de la fixation de la résidence conjugale allait de soi.

La même règle fut adoptée par la loi belge du 30 avril 1958; selon l'article 213 nouveau du Code civil belge « Les époux sont tenus de choisir ensemble la résidence conjugale ». Cependant la loi belge n'est pas allée aussi loin que la loi allemande, car elle réserve au mari le droit de prendre la décision en cas de « désaccord grave » et à la femme une possibilité de recours contre la décision du mari. Cette règle, qui peut paraître sage aux yeux de certains, reste malgré tout d'une interprétation difficile : quand y-a-t-il désaccord « grave » ? A partir de quel degré de mécontentement le mari recouvre-t-il ses pouvoirs d'autorité ?

(19) L'obligation faite aux époux de s'entendre est de nature à éviter que certains motifs de séparation soient invoqués. Aussi la jurisprudence française considère que la femme qui a *consenti à la décision* du mari ne peut pas alléguer que celle-ci est abusive. V. Civ. Sect. civ., 17 mai 1957, Bull. civ., II, 241, n° 365 (la femme avait librement accepté de vivre chez ses beaux-parents).

Ce n'est d'ailleurs que dans la mesure où il y a accord des époux qu'on peut légitimement parler de « résidence conjugale ». Jusqu'alors les textes législatifs ne connaissaient que la résidence du mari, bien que la jurisprudence ait reconnu l'existence d'une résidence conjugale.

Il est malheureusement difficile de prévoir l'interprétation que les tribunaux feront de cette règle. Il faudrait pour cela analyser les jugements de divorce qui prononcent la dissolution du ménage pour refus de cohabitation, et rechercher si, dans l'appréciation des faits, les tribunaux allemands ou belges s'inspirent véritablement du principe d'égalité des époux.

Il ne serait pas impossible que le jeu de la règle soit faussé par les tribunaux, si ceux-ci persistaient à considérer que la femme est automatiquement coupable lorsqu'elle ne suit pas son mari, sans rechercher si elle n'a pas d'intérêt personnel valable à ne pas modifier la résidence du ménage; le mari est pourtant légalement obligé de tenir compte de ces intérêts et les tribunaux ne peuvent omettre de les analyser.

Mais si la jurisprudence allemande n'a pas eu l'occasion de trancher la seule question du choix de la résidence conjugale, elle s'est en revanche prononcée plus souvent sur une autre prérogative du chef de famille, l'exercice de la puissance paternelle.

CHAPITRE III

Les droits de père et mère à l'égard de leurs enfants communs

60. — Il est peu de matières qui puissent aussi légitimement être qualifiées « d'affaires communes » que l'éducation des enfants. Il en est peu où les deux époux puissent aussi valablement prétendre à des droits égaux. Si l'égalité des époux signifie que ceux-ci doivent s'entendre sur les affaires communes et agir ensemble, aucune règle n'apparaît plus conforme à l'intérêt de l'enfant. Cette notion qui constitue le critère moderne du droit de l'enfance, n'impose-t-elle pas aux parents responsables de la satisfaction de cet intérêt, d'agir d'un commun accord ?

Pourtant il est peu d'idées qui ne se heurtent à tant d'oppositions. Le principe selon lequel le père, en sa qualité de chef de famille, doit exercer seul la puissance paternelle est sacré; on ne peut y toucher dit-on sans compromettre l'intérêt de l'enfant.

Section I

ÉVOLUTION DES DROITS FRANÇAIS ET ALLEMAND

§ 1. — EN FRANCE

61. — Si le Code civil n'a pas fait œuvre purement réactionnaire, il n'en a pas moins consacré une notion de la puissance paternelle (1) autoritaire et exclusive des droits de la mère.

(1) LE BALLE, La notion de puissance familiale dans la conception juridique française, *Mélanges Sugiyama*, 1940, p. 171 et suiv.

Le Code civil s'est d'ailleurs désintéressé de l'aspect juridique des sentiments,

Bien que, socialement, la mère se voie en fait reconnaître des droits importants en matière d'éducation, son rôle fut pratiquement ignoré par le droit. Si théoriquement la puissance paternelle appartenait aux deux parents, seul le père l'exerce pendant la durée du mariage (2).

L'évolution s'est manifestée d'abord par un adoucissement de la rigueur primitive de ce droit de puissance sur la personne de l'enfant (3). Les droits reconnus à la mère ne nous semblent l'avoir été qu'en conséquence de ce processus d'adoucissement, dans la mesure où elle peut mettre en œuvre le contrôle judiciaire et espérer exercer sur l'enfant les droits réservés au père. Comme l'affirme M. Carbonnier (4) ses droits sont, en règle générale, latents. Ils sont toujours virtuels : on peut en effet déduire de l'article 213 alinéa 2, une obligation du père de consulter la mère pour prendre une décision concernant l'enfant (5). Celle-ci conserve en plus la possibilité de recourir au tribunal pour faire réformer une décision paternelle qui s'avère contraire à l'intérêt de l'enfant.

Les droits de la mère ne sont effectifs, en ce sens qu'elle est appelée à décider à égalité avec le père, que dans deux cas : son consentement est requis pour le mariage d'un enfant mineur (art. 148 C. civ.) et, depuis la loi du 17 juillet 1927, le dissentiment entre parents n'entraîne plus préférence de l'opinion du père. Elle doit également, aux termes de l'article 348 C. civ., consentir à l'adoption d'un enfant mineur.

En dehors de ces hypothèses, la mère n'a la possibilité d'exercer la puissance paternelle que dans des situations anormales ou pathologiques (6).

On peut affirmer cependant que les droits de la mère issus du rôle qu'elle joue en fait, se voient indirectement reconnus par les tribunaux saisis d'un procès de divorce dans la mesure où celle-ci

des affections et de leurs abus possibles; il a vu dans la puissance paternelle un bienfait de la nature sur lequel le législateur pouvait se reposer; Portalis n'avait-il pas indiqué dans l'exposé des motifs sur le projet de mariage que « les pères, dira-t-on, peuvent abuser de leur puissance? Mais cette puissance n'est-elle pas éclairée par leur tendresse?... La nature a donné aux pères et aux mères un désir de voir prospérer leurs enfants... La loi peut donc s'en rapporter à la nature », cité par R. SAVATIER, Bonaparte et le Code civil, p. 31.

(2) Sur le caractère sacré de l'autorité paternelle, v. DOUCY, Introduction à une connaissance de la famille, 1946, p. 31.

(3) L'article 375 anc. C. civ., parlait des moyens de correction alors que nous préférons désormais le terme de mesures d'assistance éducative (Ord. 23 décembre 1958, n° 58-1301).

(4) Droit civil, coll. Thémis, 1957, p. 649.

(5) A la limite le refus systématique du père de tenir compte des avis maternels pourrait constituer une injure grave et justifier une demande en divorce.

(6) Ceci peut se produire dans deux séries d'hypothèses :

a) lorsque le mariage n'est pas atteint, mais que le père est dans l'incapacité physique (impossibilité de manifester sa volonté) ou morale (sanction art. 373, 1°, 3°, 4°) d'exercer la puissance paternelle;

b) lorsque le lien matrimonial est atteint et que le divorce ou la séparation de corps entraîne un démembrement des droits de puissance paternelle.

a, dans la majorité des cas, la garde des enfants issus du mariage, ce qui lui confère l'exercice de prérogatives de puissance paternelle. Mais il y a là une reconnaissance de la situation sociale de la femme comme mère, qui inévitablement entraîne des conséquences de droit. La distance qui sépare la réalité sociale de la règle de droit apparaît ici avec évidence.

62. — Actuellement, le problème sur lequel se penche la doctrine est d'abord de délimiter les rôles respectifs des parents et de l'État en matière d'éducation (7). L'idée d'égalité du père et de la mère n'est cependant pas sans rapports avec ce problème, parce que le maintien de l'autorité paternelle apparaît pour certains comme un moyen de défense contre l'intrusion de l'État, et l'égalité des droits favorisant au contraire, croit-on, l'intervention du juge.

Mais le problème est plus vaste : l'intervention de l'État a sa source, d'une part dans l'intérêt que la nation porte à la jeunesse; d'autre part dans les modifications sociales et psychologiques des rapports entre parents et enfants; sur le plan social les parents ont besoin de l'État pour assurer l'éducation; sur le plan psychologique, le sens de l'autorité paternelle, trop souvent synonyme de crainte, a fait place à des rapports de compréhension réciproque où les deux parents ont un rôle primordial à jouer.

63. — La Commission de Réforme du Code civil s'est saisie de la question (8). Elle a pris parti en faveur de l'égalité des époux — « l'autorité parentale » doit être exercée concurremment par les père et mère; la primauté du père est apparue « illogique et inéquitable » car rien ne peut laisser présumer que l'avis paternel soit plus conforme à l'intérêt de l'enfant, que celui de la mère. Qu'en est-il Outre-Rhin ?

§ 2. — EN ALLEMAGNE

64. — L'ancien droit allemand n'a jamais connu comme dans les pays de droit écrit, la puissance paternelle illimitée du droit romain. Le père avait un droit de puissance « Munt » jusqu'à l'établissement de l'enfant hors de la maison familiale, mais ce domaine n'a pas été atteint par la romanisation du droit.

Le BGB, tout en ignorant le mot de puissance paternelle, remplacé par celui de « puissance parentale » (Elterliche Gewalt) affirme la prééminence du père (§ 1627). Cependant, contrairement au Code civil français, la mère avait le droit et le devoir de veiller sur la personne de l'enfant; elle avait le « Personensorgerecht » (§ 1634). Pourtant, en ce domaine aussi, l'autorité du père devait résoudre les conflits entre

(7) Travaux de l'Association H. CAPITANT, 1946, II p. 408 et suiv.

(8) Travaux de la C.R.C.C., 1951-1952, p. 1358 et suiv. L'avant-projet de réforme titre IX de l'autorité parentale, fut adopté par 6 voix contre 2.

époux. La puissance paternelle n'était pas un droit absolu et le BGB en organisait un contrôle judiciaire sévère; le Tribunal des Tutelles (Vormundschaftsgericht) intervenait chaque fois que l'intérêt de l'enfant était en danger (§ 1666 et suiv. Gefährdung des Wohles des Kindes).

Lorsque le père était empêché (Ruhen der elterlichen Gewalt), l'exercice de la puissance paternelle revenait à la mère (§§ 1676, 1677, 1685). Comme en droit français, le consentement de la mère était requis pour le mariage d'un enfant mineur (§ 3 EheG) (9) et pour son adoption (§ 1747 BGB). L'attribution au père de pouvoirs exorbitants par le § 1627 devait naturellement se heurter au principe d'égalité des époux et susciter un débat plus violent peut-être que celui auquel le § 1354 BGB donna naissance.

Section II

L'APPLICATION DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ DES PÈRE ET MÈRE

65. — Contrairement à l'égalité des époux, l'égalité des père et mère pose, en outre du débat idéologique, des problèmes techniques plus délicats. S'il est aisé d'affirmer que les parents sont conjointement responsables de l'éducation de leurs enfants et doivent agir d'un commun accord, il est plus difficile d'organiser la représentation commune de l'enfant ou l'administration commune de son patrimoine.

§ 1. — LE DROIT JURISPRUDENTIEL DE 1953 A 1957

66. — La jurisprudence allemande qui eut à appliquer l'article 3GG avant la promulgation de la loi d'égalité prit parti en faveur de l'application stricte de ce principe (10). Les tribunaux intervinrent dans des hypothèses variées relatives soit à une mesure concernant la personne même de l'enfant (garde, lieu de séjour, émancipation) soit à la représentation de l'enfant.

Ces hypothèses ont presque toutes ce trait commun, d'avoir mis en cause des parents séparés de fait avant toute procédure de divorce ou après le rejet définitif d'une action en divorce introduite par l'un

(9) En droit allemand, le refus des parents de consentir au mariage de leur enfant mineur est, contrairement au droit français, susceptible de contrôle judiciaire. Le tribunal des Tutelles peut, sur requête de l'enfant l'autoriser à passer outre.

(10) Ainsi en est-il, pour la majorité des décisions publiées.

d'eux (11). Ceci prouve, une fois de plus, que la justice n'intervient que lorsque la communauté conjugale est, sinon détruite, du moins sérieusement atteinte.

Mises à part quelques décisions de première instance (12), les Tribunaux et Cours d'Appel décidèrent que les mesures relatives à l'éducation des enfants légitimes communs, doivent être prises d'un commun accord par les père et mère, que l'article 3 GG a fait perdre au père le droit qu'il tenait du § 1627 BGB de décider seul des actes « concernant la personne ou le patrimoine de l'enfant » (13). Qu'il s'agisse d'une mesure d'éducation ou d'un acte juridique accompli au nom de l'enfant, le principe d'égalité des époux veut qu'ils agissent conjointement (14).

Si ce principe apparaît tout à fait normal en ce qui concerne l'éducation, il est d'une application plus délicate pour les actes juridiques sur le patrimoine de l'enfant. Le commerce juridique se trouve alourdi par la nécessaire participation de la mère à l'acte et par suite la sécurité des tiers peut s'en ressentir. Cependant une telle règle a l'avantage dans les ménages unis de faire apparaître l'unité des époux résultant de leur accord et dans les ménages désunis de garantir les droits de la mère contre les agissements du père.

67. — Si l'admission de la règle ne sembla pas susciter d'interminables controverses en jurisprudence ni en doctrine (15), le doute demeura en ce qui concerne les pouvoirs du Tribunal des Tutelles

(11) Les droits de la mère divorcée ou veuve ont été modifiés aussi par la jurisprudence qui jugea inconstitutionnel le § 1697 BGB aux termes duquel le remariage de la mère lui faisait perdre la puissance parentale sur ses enfants, nés d'une précédente union.

(12) AG Würzburg, 6 février 1954, FamRZ 1954, 179. LG Bad Kreuznach, 12 décembre 1956, FamRZ 1957, 326.

(13) OLG Stuttgart, NJW 1955, 1721.

OLG Frankfurt, 19 mars 1954, FamRZ 1954, 21 (lieu de séjour de l'enfant).

LG Lüneburg, 28 avril 1954, FamRZ 1954, 221 (choix du prénom).

Bay OBLG, 9 février 1954, FamRZ 1955, 20 (lieu de séjour).

LG Traunstein, 22 octobre 1954, FamRZ 1955, 80 (émancipation de l'enfant, participation nécessaire de la mère).

AG Waldbröl, 2 juillet 1954, FamRZ 1955, 111 (représentation de l'enfant).

LG Hof, 14 décembre 1954, FamRZ 1955, 142 (droit de visite).

OLG Celle, 19 février 1955, FamRZ 1955, 213 (pouvoir du tribunal des Tutelles).

OLG Celle, 22 avril 1955, FamRZ 1955, 214 (pouvoir du tribunal des Tutelles).

OLG Karlsruhe, 26 janvier 1956, FamRZ 1956, 244 et NJW 1956, 672 (droit de co-décision de la mère pour la vente d'un immeuble appartenant à l'enfant).

BGH, 5 février 1958, FamRZ 1958, 178 (représentation de l'enfant).

(14) Une règle semblable fut adoptée en DDR par la loi du 28 septembre 1950 (§ 16).

Elle fut évoquée dans les procès entre époux séparés entre les deux zones.

(15) Rapport de H. ULMER au 38^e deutschen Juristentag, 1950, p. 53 et suiv., 98 et suiv., 102.

DÖLLE, *op. cit.*; PALANDT-LAUTERBACH, § 1627; ARNOLD, *op. cit.*; §§ 1627 et 1634.

CONTRA, FINKE, Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern unter dem Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau, NJW 1953, 606.

en cas de désaccord des parents. Si le critère de décision reste l'intérêt de l'enfant, on se demandait comment le mieux servir. Certains tribunaux admirent que le juge pouvait seulement confier à l'un des deux parents le pouvoir de décider, d'autres au contraire estimèrent qu'en cas de conflit, le Tribunal devait prendre lui-même une décision au lieu et place des parents.

La première solution eut l'accord de la doctrine qui y voyait un moyen de limiter cette nécessaire intervention du juge et, conformément à l'article 6 GG, de protéger la famille contre l'intrusion de l'État (16). L'intervention du *Vormundschaftsgericht* se trouve ainsi limitée « aux affaires importantes qui constituent un danger pour l'enfant » (§§ 1666-1668).

Il est également important de noter que la pratique administrative à partir de 1953 s'est conformée à la règle nouvelle : la représentation de l'enfant doit émaner des père et mère. Ainsi une circulaire du Ministère de la Défense en date du 4 octobre 1956 décidait que « depuis l'entrée en vigueur du principe d'égalité, des mineurs ne devaient être enrôlés dans l'armée comme volontaires qu'avec l'autorisation de leurs deux parents ».

De même en matière d'attribution ou de perte de la nationalité allemande, des décrets émanant des ministères des différents « *Länder* » exigeaient que les requêtes soient présentées par le père et la mère conjointement (17).

§ 2. — LA LOI D'ÉGALITÉ ET L'ATTITUDE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE

68. — Si les partisans d'un ordre familial hiérarchique virent leurs prétentions rejetées sur le terrain de l'autorité maritale, ils eurent gain de cause sur celui de l'autorité paternelle. Le souci de maintenir les pouvoirs traditionnels du père de famille, la crainte de l'intervention de l'État dans la famille, jointe aux difficultés de technique juridique qu'implique l'égalité des père et mère, expliquent la rédaction des §§ 1628 et 1629 nouveaux du BGB.

En vertu du § 1627 l'autorité parentale appartient aux parents sans distinction, mais le § 1628 réserve au père le « *Stichentscheid* », c'est-à-dire le pouvoir de décision en dernier ressort (18), et le § 1629 confie au père le pouvoir de représenter l'enfant (19).

(16) ARNOLD, *op. cit.*, § 1634.

FINKE, *op. cit.*

(17) V. notamment décret du 22 août 1953 (GABl. p. 264) pour le Bade-Württemberg.

(18) § 1628. — « Si les époux ne peuvent pas se mettre d'accord, il appartient au père de décider; il doit prendre en considération l'opinion de la mère. »

Al. 2. — Le Tribunal des Tutelles peut, sur requête de la mère, lui transmettre ce pouvoir pour une affaire précise ou pour une série d'affaires lorsque la conduite

Le parti chrétien-démocrate alors majoritaire vota en faveur du maintien du pouvoir de décision du père; les socialistes et les libéraux le rejetèrent au contraire. Alors que l'égalité était établie entre époux, les passions et les ressentiments du patriarcalisme d'une part et du féminisme d'autre part se sont concentrés sur cette matière. Or l'autorité du père ne semble nullement décisive dans la pratique judiciaire car une fois admise la possibilité de contrôle des décisions paternelles, l'institutionnalisation de son autorité n'apparaît plus indispensable (20).

Ces dispositions témoignent d'une certaine reconnaissance des droits de la mère : mais ses droits demeurent latents et ne peuvent devenir effectifs qu'à la suite d'une décision judiciaire.

Il est peu de problèmes du droit de la famille qui aient suscité une aussi abondante littérature (21) car cette matière réunissait des questions idéologiques et des difficultés techniques, les unes réagissant sur les autres; mais les problèmes techniques que pose la représentation commune de l'enfant n'étaient pas insolubles et ils n'étaient invoqués la plupart du temps que pour justifier, sous prétexte de simplification, la maintien de la prépondérance paternelle.

Les critiques de certains auteurs redoublèrent lorsque la Cour constitutionnelle, par l'important arrêt du 29 juillet 1959, condamna

du père va à l'encontre de l'intérêt de l'enfant à propos de cette même affaire, ou lorsqu'une administration convenable du patrimoine de l'enfant l'exige.

Al. 3. — Si le père méconnaît son obligation d'aboutir à un accord et de tenir compte dans ses décisions de l'avis de la mère, le Tribunal des Tutelles peut confier à la mère le pouvoir de décision dans les affaires personnelles et patrimoniales lorsque cela est conforme à l'intérêt de l'enfant ».

(19) § 1629. — « La représentation de l'enfant appartient au père. La mère représente l'enfant lorsqu'elle exerce seule la puissance parentale ou lorsque le pouvoir de décision lui est remis en vertu du § 1628, alinéa 2 ».

(20) V. rapport de H. SCHELSKY, in *Sociologie comparée de la famille*, colloque du CNRS, 1957.

(21) E. SCHWARZHAUPT, *Anderungen im Verwandtschaftsrecht*, FamRZ 1957, 65.

H. PAULICK, *Das Eltern-Kind-Verhältnis gemäss den Bestimmungen des GbG* FamRZ 1958, 1.

G. BEITZKE, *Betrachtungen zum neuen Kindschaftsrecht* FamRZ 1958, 7.

J. SCHWOERER, *Der Einfluss von Störungen in der elterlichen Gewalt des einen Elternteils auf die elterlichen Gewalt des anderen Elternteils*, FamRZ 1958, 41 et 88. *Die elterliche Gewalt nach Scheidung der Ehe und bei Getrenntleben der Eltern*, FamRZ 1958, 433.

FW BOSCH, *Grundsatzfragen des GbG vor dem BVerfG*, FamRZ 1959, 265

E. WAHL, *Zur Verfassungsmässigkeit des Stichentscheid des Vaters*, FamRZ 1959, 305.

H. GÖPPINGER, *Eingriffe des Vormundschaftsgerichts in das Elternrecht*, FamRZ 1959, 397.

F. MATTERN, *Zum Stichentscheid*, FamRZ 1959, 405.

E. ARNOLD, *Gesetzliche Neuregelungen im Bereich der elterlichen Gewalt*, FamRZ 1959, 425.

H. HEUSSNER, *Über die Auswirkungen des Gleichberechtigungsurteils des BVerfG v. 29 juillet 1959*, FamRZ 1960, 6.

H. BECKER, *Das Elternrecht im Spiegel der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung*, FamRZ 1961, 164.

leur position en annulant les §§ 1628 et 1629 nouveaux du BGB, comme contraires à la constitution (22).

69. — Malgré l'intervention législative, la question du « Stichentscheid » restait pendante devant les Tribunaux. Certaines Cours avaient refusé de juger les dispositions de la loi contraires à l'égalité des époux (23).

La Cour constitutionnelle fut saisie par deux voies différentes; à la fois par les Amtsgericht de Cologne et de Bensberg (24) en vertu du § 100 GG et par quatre femmes mariées mères d'enfants mineurs. Les recours étaient dirigés contre les §§ 1628 et 1629 BGB, contre le « Stichentscheid » et contre le pouvoir du père de représenter l'enfant dans les affaires personnelles et patrimoniales.

La Cour constitutionnelle annula ces deux dispositions; après un long développement historique qui permet à la Cour de démontrer la volonté des Constituants de promouvoir une véritable égalité des sexes, celle-ci fonda sa décision sur le motif suivant : les deux époux portent la même responsabilité à l'égard de l'enfant, ils doivent donc avoir les mêmes droits sur lui. Les §§ 1628 et 1629 BGB lèsent en conséquence les droits de la mère. La Cour écarte ensuite l'argument tiré de l'unité de la famille incarnée par le père, sous le prétexte qu'il s'agit là d'une position de droit naturel et que la diversité des théories sur le droit naturel ne permet pas d'en faire état pour juger de la constitutionnalité d'un texte de loi et que d'ailleurs la règle qui contraint les époux à s'entendre ne contredit ni l'unité de la famille, ni l'intérêt de l'enfant. En conséquence, si le père perd son pouvoir de décision, le pouvoir de représentation qui en découle doit être également annulé et remplacé par une représentation commune des parents.

Aux dires d'un juge fédéral de la Cour constitutionnelle, M. Rupp (25), cette décision est une prise de position politique. Le Bundesverfassungsgericht a voulu montrer par là qu'il entendait faire appliquer l'égalité des époux au sens strict, éviter qu'elle ne demeure un vague principe, alors qu'elle doit constituer la règle fondamentale des rapports de famille, et en fin de compte lutter contre la tendance de certains tribunaux à maintenir, malgré tout, des structures traditionnelles (26); pour eux cette décision est un avertissement.

(22) FamRZ 1959, 416, NJW 1959, 1483.

(23) BayOLG, 30 décembre 1958, FamRZ 1958, 120, admet la représentation de l'enfant par le seul père. BayOLG, 29 mai 1959, délimite les pouvoirs du père.

(24) 13 février 1958, FamRZ 1959, 121. Ces deux tribunaux avaient refusé de considérer comme valables la représentation de l'enfant par le seul père et exigeaient la participation de la mère. Le recours devant le BVerfG était donc dirigé contre le § 1629 BGB exclusivement.

(25) Nous avons eu l'honneur d'avoir pu consulter M. Rupp sur ce point.

(26) Égalité de droits signifie aussi égalité de devoirs; les parents sont solidairement responsables de l'éducation, BGH, 14 novembre 1961, FamRZ 1962, 116, OLG Nürnberg, 5 février 1963, FamRZ 1963, 367.

70. — De nombreux auteurs n'épargnèrent pas leurs critiques à cet arrêt (27). Ils se fondaient en cela sur la protection de la famille en tant que groupe social organisé et ne voyaient dans l'idée d'égalité des père et mère, que son aspect individualiste.

La question fut posée de savoir si les parents pouvaient par convention régler eux-mêmes l'exercice de la puissance paternelle en en accordant l'usage à l'un ou à l'autre, ce qui est un moyen de réintroduire le « Stichentscheid ». Cet argument emporta la conviction de ceux qui croyaient en la nécessité d'une autorité unique dans la famille, outre le fait qu'il consacrait apparemment la liberté des époux de déterminer eux-mêmes la nature de leurs rapports (comme s'ils ne l'avaient jamais eu en fait!) (28).

71. — Le Tribunal des Tutelles pouvait-il être appelé à trancher les différends entre parents en dehors des cas où son intervention est légalement prévue, c'est-à-dire en cas d'abus dans l'exercice de l'autorité parentale mettant en danger la personne ou le patrimoine de l'enfant (29)? La tendance de la jurisprudence allemande, si le petit nombre d'arrêts permet d'en faire état, est d'admettre la compétence de ce Tribunal, en l'assortissant de deux limites : d'une part le Tribunal ne doit intervenir sur requête de l'un des parents que s'il s'agit d'un conflit portant sur une affaire particulièrement importante, « eine Angelegenheit von besonderer Bedeutung » et au sujet de laquelle les époux ont véritablement mais en vain tenté de s'entendre; d'autre part, il n'appartient pas au tribunal de prendre une décision à la place des parents mais seulement d'attribuer à l'un ou à l'autre le pouvoir de décision à propos de cette affaire (30) (Dem Vorm-G-steht die Kompetenz-Kompetenz zu).

Désormais, la représentation de la personne de l'enfant sera assurée par les deux parents (Gesamtvertretung) (31), c'est-à-dire que celui des deux parents qui voudra agir pour l'enfant ne pourra le faire aux dépens des droits de l'autre et devra obtenir son accord et sa participation à l'acte, sauf bien sûr en cas d'impossibilité matérielle ou lorsque l'exercice de la puissance parentale aura été attribué exclusivement à l'un d'eux à la suite d'une décision judiciaire (32).

(27) Notamment BOSCH, *op. cit.* Mattern, *op. cit.* et WAHL, *op. cit.*

(28) H. HEUSSNER, Über die Auswirkungen des Gleichberechtigungsurteils des Bundesverfassungsgerichts, v. 29.7.1959, FamRZ 1960, 6.

(29) W. MÜLLER - FREIENFELS, Ehe und Recht, p. 105 et suiv.

(30) AmtG Hamburg, 30 juin 1960, FamRZ 1961, 123.

OLG Frankfurt, 15 janvier 1960, FamRZ 1961, 125.

LG Deggendorf, 10 janvier 1962, FamRZ 1962, 126, a exclu la possibilité du recours judiciaire contre le refus de l'un des parents de consentir à l'émancipation de l'enfant.

(31) La jurisprudence a admis la règle :

OLG Hamm, 18 septembre 1959, NJW 1959, 2215 (la non acceptation d'une succession échue à l'enfant doit émaner des deux parents).

(32) Sur les problèmes posés par l'impossibilité juridique pour un des parents de représenter l'enfant et ses effets sur le pouvoir de représentation de l'autre, v. BayOLG, 16 octobre 1959, FamRZ 1960, 33.

La difficulté essentielle soulevée jusqu'à présent, concerne la représentation en justice de l'enfant par l'un des deux parents agissant au nom de l'enfant contre l'autre. Si les parents sont divorcés, la question est réglée par application du § 1671 BGB (33). Mais s'ils sont seulement séparés de fait, la mère par exemple peut-elle réclamer en justice une pension alimentaire pour l'enfant? Le § 1629, alinéa 2 qui n'a pas été annulé par la Cour constitutionnelle dispose que l'un des parents peut faire valoir contre l'autre les créances alimentaires de l'enfant lorsqu'ils vivent séparément. Avant la loi d'égalité, la mère pour ce faire devait obtenir une autorisation du Tribunal des Tutelles (34). Cette disposition constituait une exception, pour un cas particulier mais fréquent, à la règle de la représentation de l'enfant par le seul père. Le § 1629, alinéa 1 étant annulé, la question s'est posée de savoir si la règle nouvelle de la représentation commune pouvait être écartée dans ce cas particulier ou s'il fallait pour cela que le pouvoir de représentation ait été judiciairement attribué exclusivement à l'un des parents en vertu du § 1672 BGB.

Plusieurs tribunaux ont statué dans le sens du droit de la mère de représenter l'enfant dans un procès contre le père (35).

Cependant ces difficultés techniques posées par l'annulation des §§ 1628 et 1629, alinéa 1 BGB, en cas de séparation de fait n'ont pas paru suffisamment insurmontables pour qu'une dérogation à l'article 3 GG en soit légitimée.

72. — L'intérêt de l'enfant n'est-il pas d'abord que ses parents s'entendent? Cette exigence du commun accord demeure une obligation morale puisque le juge ne pourra jamais en contraindre l'exécution et ne peut que pallier les dangers d'un conflit entre parents.

Ce débat autour de l'égalité des père et mère est intéressant en ce qu'il montre la difficulté qu'il y a à modifier des mentalités, la tradition de la puissance du père restant vivante dans les idées bien que les mœurs témoignent de l'importance du rôle de la mère, qui, en cas de conflit, est toujours reconnue.

Du point de vue juridique, l'admission du principe de l'accord des père et mère ne modifie-t-elle pas la nature même des règles qui dominent la matière? La puissance paternelle est d'ordre public, on ne peut y déroger en droit français, on ne le pouvait pas non plus en droit allemand.

(33) Le Tribunal des Tutelles doit décider de l'attribution à l'un des deux de la puissance paternelle. Mais il ne peut déroger à une proposition commune des époux que si l'intérêt de l'enfant l'exige.

(34) G. KRÜGER, Die Vertretung des ehelichen Kindes im Unterhaltsstreit, FamRZ 1959, 403 et suiv.

H. GÖPPINGER, Automatische Alleinvertretung des Kindes durch einen Eltern- teil bei Trennung der Eltern insbesondere zur Geltendmachung von Unterhaltsan- sprüchen, FamRZ 1960, 11s.

(35) LG Berlin, 28 juin 1960, FamRZ 1960, 406; OLG Hamm, 28 mars 1960, FamRZ 1960, 100, n. BOSCH.

Contra LG Stuttgart, 31 mars 1959, FamRZ 1959, 252.

L'accord que doivent réaliser les époux est-il lui aussi un principe impératif? Les Tribunaux allemands, sans avoir pris expressément parti sur ce point, semblent bien l'admettre implicitement, mais est-il sûr qu'ils annuleraient les conventions entre époux qui accorderaient à l'un d'eux l'exercice de la puissance parentale? Si la règle est d'ordre public et si on considère l'accord nécessaire des époux comme autant de conventions relatives à la personne ou au patrimoine de l'enfant, on se trouve en présence de conventions imposées; les époux sont obligés de conclure. Le droit des obligations répugnerait à admettre une telle conséquence dont l'intérêt humain est pourtant évident.

Ceci démontre à nouveau que le droit de la famille ne peut être analysé selon les mêmes critères; les parents pas plus que les époux ne sont dans la situation de contractants ordinaires (36). S'il s'agit de convention, c'est-à-dire d'actes juridiques, elles sont d'un type spécial, essentiellement différentes par leur but qui n'est pas la satisfaction d'un intérêt personnel et individuel, mais celle de l'intérêt de l'enfant. Nous sommes bien en présence d'accords de volonté qui permettent de dégager une commune intention mais auxquels on ne peut appliquer les règles des obligations en général. Le refus systématique de donner son accord ou l'inexécution d'un accord réalisé ne se résolvent ni en dommages-intérêts, ni par la résolution de l'accord, mais actuellement du moins, par application de la théorie de l'abus de droit et par le pouvoir donné au Tribunal d'autoriser l'un des époux à se passer du consentement de l'autre et à agir seul.

Mais du point de vue de la politique juridique, cette question n'est pas la plus intéressante ni peut-être la plus actuelle : le problème de la délimitation des droits des parents, vis-à-vis de ceux de l'État est présentement plus aigu en France, du moins. Ce serait sortir de notre sujet que de nous y engager (37).

(36) GERNHUBER, *Elterliche Gewalt heute*, FamRZ 1962, 89.

(37) Pour la France, v. Travaux de l'Association H. CAPITANT 1946, t. II, p. 408 et suiv.

H. FALCONETTI, Une construction jurisprudentielle : le juge de l'assistance éducative, D. 1963, Chron. VIII. Paris, 21 juin 1962, D. 1963, 142, qualifie l'autorité des parents et les droits qui en découlent de « point de vue personnel » et admet en conséquence un contrôle étendu.

Cependant, la jurisprudence française est contradictoire : la rareté des cas où la déchéance de la puissance paternelle est prononcée, contraste avec le grand nombre de décisions qui la vide en fait de tout contenu. En Allemagne, le problème se pose sous des traits différents; l'autorité parentale et le droit d'éducation des parents sont qualifiés de « droits naturels absolus » moins, peut-être par conservatisme que par réaction au national-socialisme qui, par différents moyens, avait complètement étouffé le rôle de la famille dans l'éducation de l'enfant.

Actuellement, on tend à préserver le plus possible la famille, des interventions ou pressions étatiques. V. HODES, *Das Elternrecht als Naturrecht*.

BECKER, *Das Elternrecht im Spiegel der verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung*, FamRZ 1961, 104 et suiv.

W. RUFNER, *Zum Elternbegriff des Grundgesetzes*, FamRZ 1963, 153.

OLG Köln, 27 novembre 1962, FamRZ 1963, 447 affirme le caractère absolu du « elterliche Gewalt » envers les tiers.

Il nous paraît intéressant d'illustrer ces généralités par un exemple que nous choisissons parmi ceux qui nous paraissent le moins bien réglé actuellement en France, à savoir le problème de la religion de l'enfant.

§ 3. — EXEMPLE DE CONFLIT ENTRE PARENTS :
LA RELIGION DE L'ENFANT

73. — Aussi décevant que cela puisse être, les Tribunaux allemands et français sont fréquemment saisis de conflits entre parents, relatifs à l'éducation religieuse de leurs enfants communs. C'est aussi une matière qui fait l'objet de conventions entre époux au moment du mariage lorsque les époux professent des religions différentes (38).

Le droit français, tel qu'il ressort de la jurisprudence, ne semble pas très conséquent : si la religion est un aspect de l'éducation, elle relève de la puissance paternelle, exercée par le père, à laquelle les époux ne peuvent déroger. Les accords entre époux sont donc juridiquement nuls, malgré les tempéraments que la considération de l'intérêt de l'enfant apporte à ce principe, il n'en est pas moins nettement affirmé par les tribunaux (39). Pourtant ceux-ci ne cessent sous d'autres formes de la vider de tout contenu (40). Les conventions entre époux sont nulles, mais leur violation unilatérale peut constituer une injure grave. S'il y a injure grave chaque fois que le mari modifie la religion de l'enfant, sans tenir compte de l'opinion de la mère n'est-ce pas, *a contrario*, reconnaître à la mère des droits propres (41) ? D'autre part, sous couvert de l'immutabilité de la religion, souhaitable dans l'intérêt de l'enfant, la jurisprudence tend, en fait, à faire produire effet aux accords des époux sans pourtant les valider expressément (42), de même qu'elle qualifie d'abusif le fait pour l'un des parents d'élever un enfant dans une religion à l'insu ou contre le gré de l'autre.

Cependant, dans le principe, les droits de la mère demeurent soumis aux prérogatives du père bien que les tribunaux aient toujours admis que la religion de la femme échappait à l'autorité maritale.

Si les tribunaux français n'estiment pas pouvoir valider les conventions entre époux, il appartient dès lors au législateur d'intervenir en cette matière.

(38) J.-P. BREDIN, La religion de l'enfant, D. 1960, Chron. XIII, p. 73.

(39) Liège, 5 mai 1909, D. 1911, 2, 364. Trib. Poitiers, 5 juillet 1928, S. 1929, 2, 79. Paris, 13 décembre 1934, S. 1935, 2, 168.

(40) P. BARBIER, La religion de l'enfant et l'exercice de la puissance paternelle, G.-P. 1957, II, Doct. 52.

(41) Trib. civ. Briançon, 6 janvier 1948, D. 1948, 579, note CARBONNIER, avait admis l'égalité des époux mais demeura isolé.

Colmar, 4 juillet 1952, D. 1952, 751.

(42) Paris 18 octobre 1955, G.P. 1955, 2, 299.

74. — En Allemagne, où le problème religieux a eu de tous temps une acuité plus grande, une loi du 15 juillet 1921 a réglementé la matière. Elle a, dès cette époque, posé le principe que la religion de l'enfant est déterminée par l'accord des époux et que ceux-ci ne peuvent modifier cet accord, sans le consentement de l'autre (43).

Si un accord ne peut se réaliser, le Tribunal des Tutelles pourra être saisi, mais il devra, dans la mesure du possible, entendre les parents, alliés, collatéraux et les maîtres ou professeurs de l'enfant, avant de trancher le conflit (§ 2, al. 3). Ainsi le droit allemand a pris, parti dès 1921, en faveur de l'égalité des époux dans un domaine particulièrement important et il a modifié en conséquence les attributs de la puissance paternelle.

La loi ne fut pas critiquée sur ce point. Les seuls points contestés furent les suivants : on estima d'une part que le droit de révocation par l'un des époux prévu par le § 1 RKEG et l'absence d'effets civils des accords relatifs à l'éducation religieuse des enfants (§ 4) (44), se heurtaient à l'article 6 GG et par suite au rôle dévolu selon cet article au Tribunal des Tutelles (45). Certains auteurs estimaient que l'admission de véritables contrats permettrait d'éviter l'intervention du Tribunal ou du moins de lui donner des critères de décision plus sûrs dans une matière qualifiée de « unjustiziabel » (46).

Il serait bon que l'on puisse s'inspirer en France de ces solutions étrangères qui, malgré les difficultés inhérentes à la matière, réussissent à concilier la liberté religieuse des parents et l'intérêt de l'enfant qui réside dans l'accord réalisé par ces derniers (47).

(43) § 1. — « L'éducation religieuse d'un enfant est déterminée par le libre accord des parents, dans la mesure où le droit et l'obligation de veiller sur la personne de l'enfant leur incombe; l'accord est révocable à tout moment et s'éteint par la mort d'un des parents ».

§ 2. — A défaut d'accord, les dispositions du BGB relatives au droit et à l'obligation de veiller sur la personne de l'enfant sont applicables à l'éducation religieuse. Cependant, au cours du mariage, un des parents ne peut, sans le consentement de l'autre, décider que l'enfant sera élevé dans une autre religion que la religion commune au moment du mariage ou dans une religion différente, ni que l'enfant sera dispensé d'enseignement religieux ».

(44) § 4 RKEG « les conventions relatives à l'éducation religieuse d'un enfant ne produisent pas d'effet civil ».

(45) HEUSSNER, *op. cit.*, p. 9. 38. DJT, 1950, p. B. 102 (IV, 2).

Il s'agit surtout d'auteurs catholiques; pourtant ni l'Eglise catholique ni l'Eglise protestante ne prirent position sur la question de l'efficacité juridique des conventions relatives à l'éducation religieuse des enfants. Accorder des effets civils à ces conventions pose le problème de leur exécution forcée et par suite remet en cause les conséquences de la séparation de l'Eglise et de l'Etat.

(46) LG Traunstein, 23 décembre 1958, FamRZ 1960, 37.

GLASSING, Kann der Vormundschaftsrichter die Erstbestimmung der Religion des Kindes vornehmen? FamRZ 1962, 350.

(47) Il faut remarquer que la liberté des parents est limitée par celle de l'enfant, surtout si l'on admet l'idée d'une majorité religieuse qui rendrait efficace le libre arbitre de l'enfant. Dans une direction semblable, le § 5 REKG dispose que l'enfant de plus de 12 ans ne peut voir modifier contre son gré la religion dans laquelle il a été élevé. En revanche on juge la liberté religieuse de l'enfant prématurée, le § 6 de cette loi la situant à 14 ans; le Code civil suisse la fixe à 16 ans ce qui paraît préférable.

TITRE II

LA SITUATION JURIDIQUE DE LA FEMME MARIÉE

75. — L'égalité des époux implique nécessairement que la femme recouvre l'exercice de certains droits que le mariage, du fait de la prépondérance maritale, lui avait fait perdre. Il s'agit moins de réaffirmer, ce qui n'est plus à faire, les droits et libertés fondamentaux, liberté de pensée, liberté religieuse etc., que la femme, malgré la rigueur de la puissance maritale, n'a jamais véritablement perdus (1).

Mais il nous faut envisager cependant les droits qui appartiennent à tout individu, et dont l'exercice se trouve, soit nié, soit limité, lorsque leur titulaire est une femme mariée. Nous verrons donc successivement le nom, le domicile, la profession et la gestion du ménage.

(1) V. infra, p. 248 et suiv. CARBONNIER, Droit civil, coll. Thémis, t. I, p. 347. VIALLETON, L'autorité maritale sur la personne de la femme, étude critique de jurisprudence, thèse Montpellier, 1919.

CHAPITRE I

Le problème du nom de la femme mariée

Section I

ÉTAT DES DROITS FRANÇAIS ET ALLEMAND

76. — On a longtemps considéré que le fait pour la femme de prendre le nom du mari se rattachait à la puissance maritale, mais ce fait devait survivre à celle-ci, car il tient à l'unité juridique que constitue le ménage, unité qui était ordinairement représentée par le mari : « Man and wife are one, and the man is the one ». Il s'agissait là plutôt d'un signe de l'inégalité des époux que d'un droit de puissance du mari, puisque l'usage par la femme, du nom de ce dernier, s'imposait à lui. On admettait que le mari représentait le ménage vis-à-vis des tiers et qu'il était en conséquence logique et normal que son nom constitue en quelque sorte « la firme extérieure, l'étiquette sociale par laquelle le ménage sera désigné », selon l'expression de Colin et Capitant.

Le droit allemand ne différait pas du droit français; on ne pouvait noter qu'une différence de forme — la règle ayant en France un caractère coutumier et en Allemagne un caractère légal —, mais aucune différence notable de contenu.

77. — Si le principe de l'attribution à la femme mariée du nom du mari ne nous paraît faire à priori aucun doute, son application reste néanmoins extrêmement confuse tant en France qu'en Allemagne, qu'il s'agisse d'une règle légale ou d'une coutume.

Cette incertitude semble tenir d'abord au caractère relativement récent du nom (1) : ce n'est qu'à partir du XII^e siècle que le nom retrouva le caractère héréditaire qu'il avait sous l'Empire romain, mais le nom resta jusqu'à la fin de l'ancien régime à l'état de simple usage non réglé par le droit. Les ordonnances royales ne parvinrent pas à maintenir la fixité du nom et il fallut attendre le décret du 6 fructidor an II pour voir interdire les changements de nom jusqu'alors trop fréquents. Par ailleurs, dans les pays de chrétienté, le prénom gardait une très grande importance car il était seul lié au baptême (2).

De nos jours, si l'attribution du nom par filiation relève de la loi, son attribution par mariage est encore, en France du moins, du domaine de la coutume.

Les difficultés d'application de l'usage selon lequel la femme prend le nom de son mari sont également d'apparition récente : tant que la femme ne participait pas à la vie publique et notamment en n'exerçant pas de métier, son nom n'avait aux yeux des tiers qu'une importance relative. A notre époque au contraire, la femme qui exerce une activité professionnelle peut subir un préjudice plus ou moins sérieux du fait de son changement de nom par mariage ou de l'obligation à laquelle elle est tenue de reprendre son nom après divorce.

Il devient dès lors important de savoir quel est le domaine d'application de cette coutume.

§ 1. — LE DROIT FRANÇAIS

78. — Le mariage n'emporte pas juridiquement acquisition par la femme du nom du mari; celle-ci n'a pas d'autre nom que son propre nom patronymique acquis par filiation et, en sa qualité de femme mariée, elle n'a que l'usage du nom de son mari (3).

C'est un droit pour la femme d'user du nom de son mari éventuellement même de son prénom, mais ce droit coutumier peut-il aussi s'analyser en une obligation? Si juridiquement elle ne perd pas son nom personnel, peut-elle en faire usage dans la vie courante, ou

(1) Il est des pays où le nom de famille n'existe pas. En Islande par exemple, en Norvège également où de nombreuses personnes n'ont pas de nom, ARMINJON, NOLDE et WOLF, *Traité de Droit Comparé*, t. II, p. 450. En Angleterre, toute personne peut librement changer son nom mais pas son prénom, sauf s'il s'agit d'un « tort » et le nom n'est pas protégé comme un attribut de la personnalité.

(2) En Allemagne la fixité du nom date du début du XIX^e siècle. STÖTZEL, *Namenrecht*, 1939, p. 13. H. KRÜGER, *Der Name der Ehefrau nach bürgerlichen Recht*, AcP 1957, p. 232.

(3) PLANIOL et RIPERT, *Traité élémentaire de Droit civil*, 1956, t. I, p. 372, n^{os} 894 et suiv.

bien le mari peut-il, au contraire, la contraindre à porter son nom ? (4) Il ne semble pas que cette question ait été en France analysée sous cet angle. La doctrine et la jurisprudence française restent muettes, car il s'agit très certainement d'une question théorique aux yeux des juristes français. Le conflit qui pourrait opposer le droit de la femme d'user de son nom de jeune fille et le droit du mari de lui imposer l'usage du sien ne paraît avoir appelé ni l'attention des auteurs ni l'intervention des tribunaux. Si ce problème n'offre pas d'intérêt juridique, il n'en reste pas moins important sur le plan social : il est à peu près certain qu'une femme qui persisterait à porter son nom de jeune fille malgré le mariage, serait vite considérée comme une concubine et non comme une femme mariée.

Cette question ne faisant l'objet d'une réglementation ni légale ni précise, le droit ne la saisit que de façon très indirecte; elle reste donc obscure pour le juriste bien qu'elle ne semble pas poser de grandes difficultés au commun des mortels. Fournie en fait par la coutume, la solution du problème reste incertaine; la femme, théoriquement, ne perd pas son nom, mais elle en perd pratiquement l'usage.

Résolus aussi en fonction des intérêts particuliers, les problèmes posés par l'application de cette règle coutumière suscitent d'importantes exceptions qui en aggravent la confusion. Au sein du ménage, l'attribution à la femme du nom du mari n'est pas absolue : la pratique administrative et notariale française conserve à la femme mariée son nom patronymique en y ajoutant la mention « épouse X »; il est également fréquent que la femme signe les actes graves de son nom de jeune fille en y adjoignant la même mention ou bien encore de son nom de femme mariée en précisant « née X ».

Par ailleurs, lorsque le changement de nom par mariage est de nature à causer à la femme un préjudice en lésant un intérêt particulier, on admet qu'elle conserve l'usage même de son propre nom : il s'agit le plus souvent d'un intérêt professionnel, la femme étant dans l'exercice de sa profession connue sous son nom de jeune fille, on tolère qu'elle poursuive son métier sous ce même nom bien qu'étant mariée; dans ce cas, il est également fréquent que la femme porte un double nom (5).

Non absolue, cette attribution n'est pas non plus définitive puisqu'elle reste, en principe, liée au maintien de la communauté conjugale. Cependant la confusion règne là aussi : la veuve conserve l'usage du nom de son mari, mais la femme divorcée doit, au contraire, reprendre l'usage de son nom personnel; cette règle légale (art. 229 C. civ., al. 2) édictée par la loi du 6 février 1893 pour mettre fin aux controverses jurisprudentielles (6), a pour but d'éviter le risque de

(4) Paris, 17 septembre 1941, D.A. 1941, 364 (une pharmacienne satisfait à ses obligations légales en faisant figurer son nom de jeune fille sur les médicaments vendus).

(5) La coutume d'un nom double est encore suivie dans le Nord de la France, mais le nom du mari doit toujours précéder celui de la femme.

(6) Pour la perte du nom du mari après divorce, v. Trib. civ. Lyon, 4 mars 1886, D. 1889.2.9., Poitiers, 11 juillet 1892, D. 1894.2.149. Pour le maintien du nom du mari, v. Toulouse, 10 mai 1886, S. 1886.2.119.

confusion de personnes en cas de remariage du mari, risque qui n'existe pas en cas de décès. Cependant malgré cette disposition légale, bien des femmes divorcées continuent de porter le nom de leur ex-mari, soit par habitude, soit par intérêt, soit pour porter le même nom que celui de leurs enfants, et la jurisprudence dut admettre le droit du mari de renoncer à interdire à son ex-femme de porter son nom (7).

§ 2. — LE DROIT ALLEMAND

79. — Le BGB consacre une disposition spéciale au nom de la femme mariée. Celle-ci prend juridiquement le nom du mari; il ne s'agit plus seulement d'une coutume, mais d'une solution qui, de coutumière, est devenue légale. Est-ce à dire que les données du problème soient plus claires qu'en droit français? Il ne le semble pas, car il n'est pas dit expressément que la femme mariée allemande perde en contrepartie le droit qu'elle avait sur son nom de jeune fille. Elle en perd certainement l'usage, comme en France, mais il n'apparaît pas qu'en prenant le nom de son mari elle perde pour autant son nom : en effet, le droit allemand admet que la femme conserve relativement à son nom les droits et prérogatives édictés par le § 12 BGB pour la protection du nom (8). Ceci nous incite à juger excessive l'affirmation de H. Krüger (9) qui estime que la femme perd véritablement son nom du jour du mariage. De même il est également admis en Allemagne que la femme puisse, en dehors de la vie familiale, faire usage de son nom notamment dans l'exercice d'une profession (10).

Cependant il semble que, en droit allemand, l'attribution à la femme du nom du mari soit plus complète qu'en droit français; le nom du mari devient le nom personnel de la femme: à ce titre, le mari ne peut modifier son nom sans le consentement exprès de sa femme. Celle-ci peut aussi le conserver après la dissolution du mariage par divorce : le § 54 EheG dispose en effet que la femme divorcée conserve en principe le nom de son ex-mari. Cette règle absolument contraire à la règle française ne s'explique que par le principe selon lequel le nom du mari devient, par le mariage, le nom personnel de la femme. Aux termes du § 56 de cette même loi, le mari ne peut s'y opposer que si le divorce a été prononcé aux torts de la femme; il s'agit pour elle d'une sanction, de la déchéance d'un droit. Cependant le § 55, cherchant à préserver les droits de la femme, lui donne un droit d'option entre le maintien du nom du mari ou la reprise de son

(7) Bourges, 18 octobre 1921, D.P. 1921.2.127. Grenoble, 3 mai 1950, D. 1950.606. Civ. 20 février 1924, D. 1924.1.19 et S. 1924.1.335.

(8) PALANDT-LAUTERBACH, BGB, 16^e éd., § 1355 (2).

(9) H. KRÜGER, Kommentar zum GbG, Introduction n° 238, p. 163. H. KRÜGER; Der Name der Frau nach bürgerlichen Recht, AcP 1957, 232.

(10) Mis à part le cas particulier des artistes, il semble que la femme porte dans cette hypothèse un nom double.

nom de jeune fille, ce qui démontre à nouveau que le mariage n'a pas complètement éteint les droits de la femme sur son propre nom.

Il est fort probable qu'il eût été impossible au législateur allemand de modifier le droit du nom si la réglementation en avait été laissée à la coutume; peut-être n'y eût-il pas pensé. Nous verrons d'ailleurs qu'il ne s'agit pas d'une réforme profonde, et les discussions sur ce sujet sont nées essentiellement du fait que l'on était en présence d'un texte qui contredisait, malgré la coutume, le principe d'égalité des époux.

80. — Il est certain que le caractère coutumier de la règle française lui donne une souplesse qui permet aux individus d'en user plus librement selon leurs intérêts particuliers. Et si des esprits trop legalistes s'en inquiètent, c'est à tort, car, dans les rapports de famille, il est bon et même nécessaire que la règle juridique, si elle veut y être effective, présente un caractère souple et qu'elle supporte les aménagements sinon les dérogations que doivent lui imposer la variété des situations particulières. La loi, surtout si elle est impérative, a une rigidité telle que les sanctions quasi-automatiques que déclenche son inobservation sont nuisibles à son application même. En méconnaissant cette spécificité du droit familial, le droit allemand ne va-t-il pas perdre tout effectivité, ne va-t-il pas se scléroser dans de stériles débats? Telle est la question primordiale que pose l'analyse des discussions auxquelles le maintien ou l'abrogation du § 1355 BGB a donné lieu.

Confuses sur le plan des droits internes français et allemand, les solutions sont également variables dans d'autres pays dont la structure familiale est pourtant proche, voire même identique à la nôtre. En Espagne, la femme ajoute le nom de son mari au sien et les enfants portent le double nom du père et de la mère; il en est de même au Portugal où il est de plus interdit de porter plus de trois noms. En Irlande les femmes conservaient jusqu'au siècle dernier leur nom personnel, ceci est, paraît-il, encore courant dans l'Ulster, les enfants portant fréquemment un double nom.

Conséquences plus ou moins directes de la prépondérance matrimoniale (11), ces solutions coutumières ou légales vont tout naturellement être remises en question par l'application du principe d'égalité des époux.

(11) M. WEBER, *Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung*, 1907, p. 420, qualifie le § 1355 de « reste d'un droit primitif fondé sur le *Frauenkauf* ».

Section II

L'ÉGALITÉ DES ÉPOUX ET LE NOM DE LA FEMME MARIÉE

§ 1. — LE PROBLÈME

81. — Lorsque le principe d'égalité de l'homme et de la femme fut proclamé et appliqué en Allemagne, un vif débat non encore éteint s'éleva à propos de la constitutionnalité du § 1355 BGB et de l'opportunité de son maintien; ce texte disposait que « la femme reçoit le nom de famille du mari » (*Die Frau erhält den Familiennamen des Mannes*). Ce débat dont l'ampleur peut sembler disproportionnée par rapport à l'importance de son enjeu, a soulevé cependant des questions intéressantes car le problème du nom de la femme mariée fut un des points sur lesquels les divergences d'opinion relatives à la nature du ménage se sont cristallisées. C'est à ce titre que l'analyse de cette question nous retiendra.

La difficulté théorique de ce problème tient d'une part au double aspect de la nature juridique du nom, d'autre part à l'absence de personnalité juridique de la famille.

— Le nom, moyen d'individualisation de la personne, est un attribut et un droit de la personnalité, mais son attribution étant la conséquence d'un rapport de famille, il est aussi le signe d'une appartenance familiale (12).

Ainsi l'origine et la fonction du nom interdisent de le réduire à n'être qu'un droit subjectif bien qu'il soit inséparable de la personne. Son caractère de droit subjectif apparaît chaque fois qu'il s'agit d'en protéger l'usage vis-à-vis des tiers (13), mais s'estompe lorsque le nom n'assure que sa fonction de « police civile ». Or, ces deux aspects de la nature juridique du nom entrent en conflit lorsqu'on examine le problème du nom de la femme mariée; celle-ci prend le nom du mari afin de satisfaire à la fonction sociale du nom; il s'agit moins de marquer la dépendance de la femme par rapport au mari, que d'affirmer l'unité du ménage et de la famille par une sorte de publicité. Mais la femme, en perdant l'usage, ne perd pas pour autant son nom patronymique, qui lui demeure personnel, à la fois à titre de preuve de sa filiation et, dans une certaine mesure aussi, à titre de droit subjectif.

— Qu'il s'agisse d'un droit subjectif ou d'une étiquette sociale, toute personne doit avoir un nom mais seules les personnes peuvent en avoir un. Or la famille en tant que telle n'est pas une personne

(12) V. les développements consacrés par M. CARBONNIER à cette question, *Droit civil*, coll. *Thémis*, t. I, p. 177 à 193.

(13) SALEILLES, *Le droit au nom individuel dans le Code civil allemand*, RC 1900, p. 94.

morale, elle ne peut avoir de nom mais seuls les individus qui la composent en ont un. Quand on parle du « nom de famille », il s'agit seulement du nom que les individus reçoivent par leur filiation, et jamais du nom qu'aurait la famille si elle constituait cette personne morale, indépendante de la personnalité de ses membres, que certains souhaitent qu'elle soit.

Mais si un nom unique n'est pas indispensable à l'unité interne du ménage, il reste souhaitable pour son unité externe; car sans être une personne morale, le ménage établit une communauté sociale dont l'unité doit s'exprimer d'une manière ou d'une autre. Le nom ne saurait mieux remplir cette fonction d'autant qu'en « affichant l'unité de la famille, il crée chez les individus qui le portent une conscience de cette unité » (14). De plus un nom commun au mari et à la femme est un des critères les plus sûrs pour distinguer le mariage de l'union libre.

82. — Il n'en reste pas moins vrai que l'attribution du nom du mari à la femme dérive d'une conception patriarcale de la famille, que le principe d'égalité veut justement faire disparaître des institutions. Si le nom est un attribut de la personnalité, il faut admettre que le mariage, dans une telle conception, réalise l'absorption d'un élément important de la personnalité de la femme. Or le principe d'égalité cherche au contraire à promouvoir l'union de deux existences dans le respect des personnalités. Mais cela ne va pas sans difficultés et on risque fort d'aboutir à une impasse; si on admet que chacun des époux garde son nom, il faudra bien en choisir un des deux pour les enfants.

En tenant compte de l'égalité des droits entre époux, il apparaît impossible, et de maintenir la coutume actuelle, car le caractère de droit subjectif attaché au nom devient irréductible, et d'appliquer de façon absolue cette égalité en ne reconnaissant que l'aspect subjectif du nom, car cela revient à méconnaître la nécessaire fonction d'unité qu'il remplit dans la famille.

Certaines législations (15), celles des pays socialistes essentiellement, ont choisi de trancher le problème en faveur d'une application absolue de l'égalité des époux, dont la personnalité et les droits qui lui sont inhérents ne doivent en rien être affectés par le mariage. Dans une telle conception, le choix appartient aux époux, dont le nom acquiert au jour du mariage un caractère volontaire : les époux doivent en effet décider lors de la célébration du mariage, soit de garder chacun leur nom et dans ce cas, de choisir lequel des deux noms sera celui des enfants, soit d'adopter un nom commun et dans ce cas,

(14) J. CARBONNIER, Droit civil, coll. Thémis, t. I, p. 190.

(15) Articles 7 et 34 du Code de la famille de l'U.R.S.S., articles 27 et 28 de la loi du 21 décembre 1953 de Roumanie, articles 17 de la loi du 7 décembre 1949 de Tchécoslovaquie, article 26 de la loi du 6 juin 1952 de Hongrie. La loi polonaise du 27 juin 1950 (art. 16) a adopté la même solution que la loi allemande de la République fédérale.

de choisir entre le nom du mari et celui de la femme. Une telle solution peut paraître céder à l'idée abstraite d'égalité; la pratique montre en Tchécoslovaquie, que 90 p. 100 des époux choisissent le nom du mari. Mais pour être libérale et souple, elle peut être dans certains cas d'un intérêt évident; il suffit de penser aux hypothèses où le nom est le signe d'une appartenance raciale; combien de ménages de chrétiens et juifs auraient été heureux pendant les persécutions nazies, de prendre le nom de l'époux chrétien. On peut penser aussi aux noms ridicules. Cette solution peut faire l'économie d'une procédure de changement de nom.

Mais est-elle la seule conforme au principe d'égalité, est-elle souhaitable? Nous allons voir que l'exemple des pays socialistes n'a pas été suivi par la réforme allemande de 1957, bien que des voix autorisées soient intervenues en sa faveur.

La loi et la jurisprudence allemandes ont tenté de réaliser ce difficile compromis entre la nécessité d'adopter un nom unique et commun à tous les membres de la cellule familiale et le respect du droit subjectif de la femme.

§ 2. — L'APPLICATION EN ALLEMAGNE DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ DES ÉPOUX ET LE NOM DE LA FEMME MARIÉE

83. — La règle du § 1355 BGB a été fortement combattue et à de nombreuses reprises, des organisations féminines ont soutenu le point de vue que la femme, malgré la conclusion du mariage, devait conserver sans modification son nom de famille et les arguments juridiques en faveur de cette opinion ne manquèrent pas (16). Cependant il se trouva très peu d'auteurs pour préconiser la liberté de chaque époux de garder son nom car l'utilité d'un nom unique et commun aux deux époux et aux enfants n'était pas contestée. Les divergences d'opinion portaient essentiellement sur le point de savoir s'il fallait ou non laisser aux époux le droit de choisir, au moment de la célébration du mariage, celui de leurs deux noms qui, à compter de ce jour, constituerait le nom commun du ménage. Deux tendances se sont opposées lors de la discussion de la réforme au Bundestag, car il fallut choisir entre deux projets, celui du gouvernement, qui proposait le maintien du § 1355 BGB en y ajoutant la possibilité accordée à la femme d'adjoindre son nom à celui du mari (17), et le projet présenté par le parti social-démocrate, qui préconisait au contraire le libre choix

(16) H. KRÜGER, *Der Name der Ehefrau im bürgerlichen Recht*, AcP vol. 156, p. 232-264. Die Nichtverwirklichung der Gleichberechtigung im Regierungsentwurf, JZ, 1952, p. 613. G. SCHEFFLER, *Beschlüsse des 38. deutschen Juristentages*, MDR 1950, p. 679.

(17) Une telle disposition avait déjà été proposée au Reichstag lors de la rédaction du BGB et finalement rejetée. Cette question n'était donc pas neuve.

du nom du ménage par les époux. Dans cette seconde hypothèse le nom perdait son caractère légal et « institutionnel » pour acquérir un caractère en quelque sorte conventionnel et volontaire.

A. — LES SOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES.

84. — Pendant la période qui s'étendit de 1953 à 1957 et avant que la loi ne vienne trancher le problème, les deux thèses eurent leurs partisans, bien que la majorité de la doctrine et de la jurisprudence se soit prononcée en faveur du maintien du § 1355 BGB au nom de l'intérêt de la famille.

Cependant certains auteurs, pour lesquels l'application du principe d'égalité appelait des réformes radicales et qui estimaient que le respect du droit subjectif de la femme à la conservation de son nom n'allait pas à l'encontre de l'intérêt de la famille, tentèrent de justifier l'inconstitutionnalité du § 1355 BGB (18). Mais en présence des difficultés et des troubles aisément prévisibles que provoquerait l'absence d'unité de nom, notamment à l'égard des enfants, ces auteurs pensaient que la seule solution juste était d'accorder aux époux la liberté et le droit de choisir le nom du ménage. Une seule décision (19), à notre connaissance, a jugé le § 1355 BGB contraire à la Constitution, aux motifs que « cette règle n'est pas compatible avec le principe d'égalité car elle entraîne la perte d'un droit de la personnalité, perte qui repose sur une inadmissible différenciation des sexes et qui intervient indépendamment de la volonté de l'intéressée ». Le Tribunal administratif de Francfort, dans cet arrêt, décida que, tant que le législateur n'était pas intervenu, « chaque époux conservait son propre nom mais qu'il serait souhaitable que le législateur imposât l'unité de nom dans le ménage en contraignant les époux à choisir, lors de la célébration du mariage, l'un ou l'autre de leurs deux noms ». Bien que la conception selon laquelle le nom constitue essentiellement un droit subjectif, inhérent à la personnalité de son titulaire, ait connu en Allemagne une faveur et un développement particuliers, cela n'a cependant pas réussi à convaincre la doctrine et la jurisprudence dominantes, d'en déduire toutes les conséquences en matière de droit de la famille, et des positions telles que celle du Tribunal administratif de Francfort restèrent isolées.

(18) V. notamment, HEDEMANN, JR 1953, p. 198; H. KRÜGER, JZ 1952, p. 615; G. SCHEFFLER, DRIZ, 1953, p. 88 et MDR 1951, p. 136.

(19) VerwG Frankfurt, 27 juillet 1955, p. 361, FamRZ 1955. Une femme, médecin, mariée en 1954, demanda par requête au Président (Regierungspräsident) du pays de Hesse l'autorisation de conserver son nom de jeune fille sans y ajouter le nom de son mari. On lui accorda le droit de porter un nom double, et elle attaqua cet acte pour inconstitutionnalité. Le Tribunal administratif lui donna raison.

85. — La majorité des auteurs (20) admit qu'une égalité absolue de l'homme et de la femme n'était pas applicable en ce domaine, et que les nécessités pratiques jointes à l'ancienneté de cette coutume imposaient le maintien du § 1355, dans son principe du moins. D'ailleurs, après 1953, la pratique judiciaire et la pratique administrative surtout, s'en sont tenues, dans les affaires concernant le nom des époux, à la règle traditionnelle, et ont admis sa conformité à la Constitution. Tous les tribunaux qui eurent à connaître de cette question, insistèrent très fortement sur l'idée que le § 1355 BGB remplissait une fonction « institutionnelle » et que l'unité du nom dans le ménage était non seulement une coutume traditionnelle, mais une nécessité familiale à laquelle il serait dangereux d'atteindre. D'ailleurs, le choix du nom du mari n'apparaissait pas arbitraire car il était conforme à la séparation des fonctions au sein du ménage et ne résultait pas d'une prétendue infériorité de la femme (21). Les droits individuels des époux, en l'occurrence ceux de la femme, devaient s'effacer au profit de l'intérêt et de l'unité de la famille. Cependant cette même jurisprudence admettait que, si la femme devait subir un préjudice d'ordre professionnel ou économique du fait de son changement de nom, elle pouvait, à titre personnel, ajouter son nom de jeune fille à celui de son mari; mais l'éventualité ou l'existence de ce préjudice ne pouvaient que justifier un assouplissement et non une annulation de la règle légale. Les situations dans lesquelles les tribunaux eurent à intervenir étaient diverses : les tribunaux administratifs statuèrent sur des demandes faites par des femmes mariées de conserver leur nom de jeune fille. Les tribunaux judiciaires intervinrent dans des circonstances différentes où le droit personnel de la femme sur son nom de jeune fille n'était pas toujours directement mis en cause, mais où il s'agissait de protéger le nom du ménage en tant que tel; il fallait déterminer la portée de l'attribution à la femme du nom du mari et des droits auxquels elle pouvait prétendre sur le nom de ce dernier (22).

(20) H. DÖLLE, *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Familienrecht* JZ 1953, p. 353. PALANDT-LAUTERBACH, *Kommentar zum BGB*, remarque préliminaire au § 1355. SOERGEL-VOGEL, *Kommentar zum BGB*, § 1355.

(21) BGH, 14 juillet 1956, FamRZ 1956.309, BGH, 13 juillet 1957, FamRZ 1957.360 et NJW 1957.1473, Bay OLG, 19 novembre 1954, FamRZ 1955, 22 et MDR 1955, 166. OVerwG Koblenz, 17 février 1954, FamRZ 1954.199, OVerwG Hamburg, 11 novembre 1955, JZ 1956.172, OLG Hamm, 1^{er} septembre 1955, NJW 1955.1723 et FamRZ 1956.392.

(22) Il s'agissait de juger de la constitutionnalité, soit du § 1758, alinéa 1 BGB qui interdit à la femme mariée de donner à l'enfant qu'elle adopte seule le nom de son mari, soit du § 57 EheG relatif au droit de la femme divorcée sur le nom de son précédent mari.

B. — LES SOLUTIONS LÉGALES.

86. — Cette jurisprudence était suffisamment solide pour que la loi allemande du 18 juin 1957 pût en consacrer la solution et rejeter les propositions du parti social-démocrate. Le § 1355 BGB nouveau dispose désormais que « Le nom du ménage et de la famille est le nom du mari. La femme peut, par déclaration à l'officier d'état civil ajouter son nom de jeune fille au nom du mari; la déclaration doit être publiquement certifiée » (23).

Bien que pratiquement le contenu de la règle ne soit guère modifié, il faut cependant remarquer la différence de forme dans son expression. La femme ne « prend » plus le nom du mari, mais ce nom constitue celui du ménage et de la famille. Les auteurs de la loi ont voulu montrer par cette formulation nouvelle, que seul l'intérêt de la famille, devant lequel l'individualisme des époux doit céder, est le fondement d'une règle qui ne découle plus, dans le texte du moins, d'une conception patriarcale théoriquement abolie.

On aurait pu croire que le problème était désormais définitivement tranché. Il n'en fut pas immédiatement ainsi car ce texte suscita des critiques venues tant d'une partie de la doctrine que de certains plaideurs. A plusieurs reprises, la jurisprudence dut intervenir pour réaffirmer la constitutionnalité d'une règle qu'elle avait fortement contribué à forger.

87. — Les attaques doctrinales les plus véhémentes sont certainement celles que H. Krüger et G. Scheffler dirigèrent contre le § 1355 nouveau. Malgré leurs fonctions judiciaires, ces auteurs réfutèrent tous les arguments avancés précédemment par la doctrine et la jurisprudence.

A leurs yeux (24), le § 1355 est inconstitutionnel parce que contraire à l'égalité; le nom étant d'abord et avant tout un droit de la personnalité, la femme subit un préjudice moral, parfois matériel, en perdant l'usage. Une règle, même traditionnelle et communément admise, ne doit pas être maintenue contre la Constitution. Si, d'autre part, les époux doivent avoir le même nom, la loi d'égalité n'aurait pas dû admettre la possibilité pour la femme de porter un nom double. Enfin, il n'est pas vrai que la séparation des fonctions à l'intérieur du ménage puisse justifier cette disposition, car il est faux de dire que seul le mari représente le ménage; au contraire, c'est la femme qui accomplit les actes juridiques courants et nécessaires à la vie de famille, et quant aux actes importants, tel un contrat de bail, ils sont le plus souvent signés par les deux époux. Ainsi, aucun des

(23) Cette solution est celle adoptée par les pays scandinaves dont les lois permettent à la femme d'ajouter son nom à celui de son mari.

(24) H. KRÜGER, Gleichberechtigungsgesetz, Kommentar, 1958. Introduction n° 235 à 245 et § 1355. G. SCHEFFLER, Das bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar des BGB von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 1960, § 1355.

motifs jurisprudentiels n'apparaît fondé et c'est à une annulation du § 1355 et à une application rigoureuse de l'égalité que ces auteurs en appellent.

Cette position semble essentiellement doctrinale et théorique car G. Scheffler dut avouer que « quelle que soit la solution légale, les femmes continueront de porter le nom du mari ».

88. — Cependant, la réaction des Tribunaux ne fût pas moins vive lorsque les plaideurs vinrent contester devant eux la constitutionnalité de cette règle. Ils rejetèrent sans équivoque la conception soutenue par H. Krüger et G. Scheffler. Deux décisions nous paraissent à cet égard significatives : l'arrêt de la Cour d'Appel de Karlsruhe du 3 juillet 1958 (25) et l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 27 novembre 1959 (26). Ces arrêts invoquent les mêmes principes et appuient leur décision sur les mêmes motifs. Le Tribunal administratif fédéral rappelle que le § 1355 est une règle qui se rattache à la structure juridique de l'institution du mariage à laquelle l'article 6 de la Loi fondamentale accorde une protection spéciale, et que cette institution doit être conçue en harmonie à la fois avec la conception chrétienne (27), la tradition occidentale et le principe d'égalité; aux termes de l'arrêt « le mariage en tant que communauté de vie de deux êtres établit une unité; ce serait ignorer l'essence même du mariage que de vouloir la nier et ne considérer que le statut juridique d'un ménage dans lequel l'individualité de ses membres ne serait pas affectée. Le législateur impose à bon droit un nom au ménage et il n'en laisse pas le choix aux époux parce que cela découle de la « fonction institutionnelle » du nom, au maintien de laquelle l'État a intérêt puisqu'il s'agit d'une institution placée sous sa protection. Une telle règle est en outre conforme à la tradition. Si le législateur s'est prononcé en faveur du nom du mari, ce n'est pas pour des raisons d'appartenance à un sexe, mais parce que cela est conforme à sa position au sein du ménage et aux devoirs et obligations qui lui incombent, lesquels ne peuvent pas être identiques à ceux qui incombent à la femme. Étant donné que la règle du § 1355 BGB est une conséquence de la différenciation de la situation des époux au sein du ménage et que leur « Gleichwertigkeit » n'est pas pour cela mise en cause, le principe d'égalité de l'homme et de la femme ne s'en trouve pas affecté ».

Cette lourde motivation, qui peut sembler superflue aux yeux d'un juriste français, montre bien que la jurisprudence allemande n'a pas cédé aux tentations de l'individualisme et refuse les conséquences du principe d'égalité lorsque celui-ci lui paraît mettre en cause l'inté-

(25) FamRZ 1958, p. 326.

(26) FamRZ 1960, p. 113.

Il s'agissait dans ces deux hypothèses de femmes qui demandaient l'autorisation de conserver leur nom malgré le mariage.

(27) Il semble difficile d'invoquer la conception chrétienne en cette matière, puisque la théologie ignore le nom patronymique, institution spécifiquement sociale et laïque, et ne connaît que le prénom des personnes qui est leur nom de baptême.

rêt supérieur de la famille en tant qu'institution. Les arguments, restent sujets à critique en pure logique, G. Scheffler l'a montré, mais ils ne sont avancés, semble-t-il, que pour justifier le maintien d'une règle traditionnelle, c'est-à-dire à l'appui d'une décision de politique juridique.

89. — Il est bien évident que la liberté des époux de garder chacun leur nom ou même de choisir entre les deux était peut-être plus conforme au principe de l'égalité et au caractère de droit subjectif du nom, mais elle posait des problèmes pratiques pour la détermination du nom des enfants; le législateur allemand a refusé de la laisser au choix des parents et a reculé devant les conséquences qui en seraient résultées, d'autant que la règle nouvelle, en ménageant les droits légitimes de la femme, ne contredisait pas le principe d'égalité.

La femme peut, en effet, si elle le désire, ajouter son nom de jeune fille à celui de son mari et porter un nom double. Il lui suffit de déclarer son intention à l'officier d'état civil lors de la célébration du mariage ou même au cours de la vie du ménage. Il s'agit d'un droit personnel de la femme auquel le mari ne peut s'opposer. Mais l'usage de ce nom double reste personnel à la femme; il ne peut être étendu ni aux enfants ni au mari. La loi allemande a ainsi consacré juridiquement un usage sinon courant du moins existant, tant en France qu'en Allemagne. Il n'est pas impossible que dans l'avenir cette consécration légale ne provoque l'extension, voire la généralisation de cet usage. Actuellement, seule, une enquête auprès des mairies allemandes permettrait de savoir dans quelle mesure les femmes exercent ce droit qui leur est réservé; s'il s'avère qu'elles en font un usage fréquent, cela confirmera que le nom est effectivement ressenti comme lié à la personnalité et démontrera que le débat suscité par cette question n'a pas été inutile (28).

Dans l'état des mœurs, il semble en effet difficile d'aller plus loin sans méconnaître l'importance qu'il y a à donner aux membres de la communauté familiale un nom unique, lequel demeure, sinon le facteur, du moins le symbole de son unité (29).

(28) Le seul élément d'information sur la pratique que nous ayons est l'examen des annonces de mariage dans les journaux. (En Allemagne on annonce que l'on s'est marié et non que l'on va se marier comme en France. Par ex. : M. et Mme X... se sont mariés le... à...). Toutes les annonces sont faites sous un nom unique, celui du mari.

Pour un cas inverse, où le mari demandait l'adjonction du nom de sa femme au sien, V. OVG Münster, 23 février 1950, FamRZ 1960, 237.

(29) La controverse semble avoir récemment rebondi sur le terrain doctrinal, Bernstorff, *Der Familienname als Gegenstand des Gleichberechtigungsgrundsatzes*, FamRZ 1963.110, T. RAMM, *Gleichberechtigung und Ehe- und Familienname*, FamRZ 1962, 281, *Familienname und Grundgesetz*, FamRZ 1963, 337.

CHAPITRE II

Le domicile de la femme mariée

90. — Le principe selon lequel il appartient au mari de choisir la résidence du ménage avait pour conséquence d'interdire à la femme d'avoir un domicile indépendant. Tenue de résider avec son mari, elle ne pouvait avoir d'autre domicile que celui de ce dernier (1).

Cette règle s'exprimait dans l'article 108 du Code civil : « La femme n'a point d'autre domicile que celui de son mari », et le § 10 du BGB « la femme mariée partage le domicile du mari; elle ne le partage pas s'il établit son domicile à l'étranger où la femme ne le suit pas et n'est pas tenue de le suivre. Tant que le mari n'a pas de domicile, ou tant que la femme ne partage pas le domicile du mari, cette dernière peut avoir un domicile indépendant ». Moins intransigeant que le droit français, le BGB admettait que la femme refusât de suivre son mari, si celui-ci s'établissait à l'étranger (2) et il l'autorisait à avoir un domicile propre, lorsque son mari n'en avait pas. Cependant une différence importante distingue le droit allemand du droit français; en droit allemand, domicile et résidence sont une seule et même notion ou plutôt la notion de domicile absorbe celle de résidence; il est possible d'avoir plusieurs domiciles (§ 7, al. 2 BGB) (3).

(1) Cette règle souffrait néanmoins deux exceptions importantes en droit français : la femme séparée de corps était autorisée à avoir un domicile distinct de celui du mari (art. 108, al. 3, C. civ., loi du 6 février 1893). Ce cas n'offre cependant pour notre problème qu'un intérêt relatif puisque la séparation de corps met fin à l'obligation de cohabitation. En second lieu, la jurisprudence admit, malgré les critiques de la doctrine, que la femme commerçante pût avoir un domicile commercial indépendant C. Cass. 14.7.1883, S. 1884.I.257).

(2) Le projet de Code civil français faisait également une réserve pour le cas où le mari quittait la France. Mais sur l'intervention personnelle de Bonaparte, le Code civil n'en fit pas mention.

(3) PALANDT-LAUTERBACH, Kommentar zum BGB, § 7.

91. — Un autre élément pourrait distinguer le droit allemand du droit français, en ce qui concerne les effets du domicile. Une notion de domicile distincte de celle de résidence pouvait avoir en France, avant l'unification du droit civil, une réelle importance, dans la mesure où le domicile entraînait l'application d'une coutume.

De nos jours, une telle notion a perdu son sens et le domicile ne devrait plus être distingué de la résidence. En Allemagne, pays fédéral, on pourrait penser que le domicile joue actuellement un rôle comparable à celui qu'il jouait en France sous l'ancien droit. Outre l'aspect sentimental d'attachement à une région, il pourrait être intéressant de conserver en Bavière, en Wurtemberg ou en Westphalie un domicile distinct de la résidence habituelle, dans la mesure où ce domicile détermine l'application de la législation du Land (4).

En réalité nos recherches (5) et les renseignements qui nous ont été donnés sur ce point, nous conduisent à une réponse négative. Hormis l'accès à certaines professions, le domicile ne semble pas avoir l'importance que l'on pourrait supposer dans un pays fédéral, soit que l'appartenance à un land ne joue aucun rôle spécifique (6) soit que la législation soit unifiée.

La règle selon laquelle la femme a légalement le domicile du mari aurait donc pu avoir des inconvénients plus graves en Allemagne qu'en France; si une Bavaroise domiciliée en Bavière épouse un Wurtembourgeois domicilié en Wurtemberg, et si le changement de domicile légal entraînait pour elle la perte des droits qu'elle peut tenir de son origine bavaroise, la règle du § 10 BGB lui serait très préjudiciable. Mais elle n'a comme effet principal que d'empêcher la femme d'avoir un domicile indépendant de celui du mari; elle ne pourra avoir qu'un domicile, sauf si son mari en a lui-même plusieurs.

92. — L'article 108 C. civ., que les lois de 1938 et 1942 n'ont pas modifié, et le § 10 BGB ne peuvent être plus clairs dans l'énoncé de cette règle, malgré une plus grande souplesse du droit allemand.

Cette règle était d'ordre public tant en droit allemand qu'en droit français (art. 1388, C. civ.) (7). Les époux ne pouvaient y déroger, par conventions particulières, et le consentement du mari ne permettait pas à la femme d'avoir d'autre domicile que celui que la loi impose. Ce principe demeurerait applicable même en cas de séparation de fait,

(4) Les législations des Länder peuvent varier de l'un à l'autre, bien que toutes les questions importantes fassent l'objet de lois fédérales uniformes.

(5) Les traités et commentaires du BGB ne font aucune allusion à ce problème.

(6) Par exemple, l'organisation administrative de l'enseignement dépend de la compétence des Länder; mais l'accès à la profession d'enseignant ne dépend ni de la nationalité locale, ni du domicile.

(7) On ne peut noter par ailleurs que des différences de détail entre les droits de ces deux pays : si, en droit allemand, contrairement au droit français, il est permis d'avoir plusieurs domiciles, la notion même de domicile est la même, qu'il s'agisse de domicile volontaire (similitude des critères de sa détermination) ou de domicile légal (imposé dans les mêmes cas).

Mais le droit allemand ignore la notion de domicile professionnel.

même si la femme avait de justes motifs à se séparer de son mari, et même si elle y avait été autorisée par justice (8).

Il n'est pas douteux que ces dispositions ne présentaient guère d'inconvénient à une époque où la famille connaissait une grande stabilité géographique et où l'activité professionnelle de la femme demeurait une exception. Mais on peut se demander de nos jours si leur maintien est souhaitable, tant du point de vue théorique que pratique. C'est cette question que la mise en œuvre du principe d'égalité de l'homme et de la femme allait inévitablement poser.

Section I

LE DROIT D'AVOIR UN DOMICILE INDÉPENDANT

93. — Si le droit fait de la vie commune une obligation du mariage, peu lui importe le lieu où cette obligation est remplie. Il n'est donc pas illégitime de distinguer le domicile des époux et domicile conjugal à condition d'admettre la pluralité possible des domiciles. Il est fréquent que l'assimilation du domicile de la femme mariée à celui de son mari et l'impossibilité pour elle d'avoir un domicile séparé soient la source de grandes difficultés pratiques, non seulement pour elle-même mais aussi pour le ménage.

Les auteurs de la réforme du droit allemand de la famille, en cherchant à établir une équivalence aussi parfaite que possible entre les droits du mari et ceux de la femme, ont tout naturellement situé le problème du domicile de la femme mariée sur le plan théorique des droits et libertés à accorder à la femme en vertu du principe d'égalité. En conséquence, une règle telle que celle contenue dans le § 10 BGB ne semblait pas devoir être maintenue.

Cette disposition que le BGB avait reprise au « *Gemeinrecht* » (9) imposait à la femme un domicile légal, celui du mari, mais admettait qu'il pût en être autrement si le mari s'établissait à l'étranger ou s'il n'avait pas de domicile.

Il fut presque unanimement admis par la doctrine que le § 10 BGB se trouvait abrogé du fait de son évidente incompatibilité avec l'article 3 de la Loi fondamentale (10). Le respect du principe d'égalité

(8) RG 59, 339. RIPERT et BOULANGER, *Traité élémentaire de Droit civil*, t. I, p. 393 aboutit à la conséquence suivante : il faudra, dans ce cas, faire produire à la résidence le plus d'effets juridiques possibles.

(9) BRINZ, t. III, 2^e éd., § 469, t. I, § 42, remarques 1 et 2 « le domicile de la femme mariée est une conséquence du droit qu'a le mari d'avoir sa femme auprès de lui (« *die Frau bei sich zu haben* »).

(10) STAUDINGER, *Kommentar zum BGB*, 2^e éd., 1950, § 10 PALANDT, *Kommentar zum BGB* 16, éd. 1957, § 10. SOERGEL-SIEBERT, *Kommentar zum BGB* § 10. H. DÖLLE, *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Familienrecht*, JZ 1953, p. 353

exigeait en effet que la femme eût les mêmes droits que l'homme et en conséquence qu'elle puisse avoir ou créer un domicile personnel dans la mesure où l'usage de ce droit ne contrevient pas au devoir de vie commune des époux.

94. — Cependant la question n'a pas été résolue sans difficulté par la jurisprudence allemande et on a pu constater, lors de la période d'application jurisprudentielle du principe d'égalité, une divergence entre les tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs.

Craignant de bouleverser les règles traditionnelles, les tribunaux administratifs (11) hésitèrent au début à accorder à la femme mariée le droit de créer un domicile distinct de celui du mari. La Cour d'appel de Berlin (12) et le Tribunal administratif fédéral (13) ont estimé que l'accord du mari ne permettait même pas à la femme de créer un domicile indépendant du domicile du mari, même comme domicile secondaire. Dans le même sens la Cour d'appel en matière administrative de Münster (14) adopta une position semblable dans l'affaire suivante : une Allemande vivant en Haute-Silésie avait épousé pendant la guerre un Allemand domicilié en territoire fédéral, mais elle continua de vivre en Haute-Silésie pendant la durée des hostilités. La Cour estima qu'elle avait perdu son domicile le jour du mariage, qu'elle était en conséquence considérée comme domiciliée en territoire fédéral et que, de ce fait, elle ne pouvait pas prétendre à la qualité de réfugiée (15).

La jurisprudence judiciaire considéra au contraire que le § 10 BGB se trouvait aboli dès l'entrée en vigueur du principe d'égalité et que la femme pouvait, dès lors, valablement avoir ou créer un domicile indépendant. Le problème de la constitutionnalité du § 10 fut évoqué dans des arrêts concernant la question du domicile de l'enfant légitime dont la solution prescrite par le § 11 BGB (« L'enfant légitime partage le domicile du père ») fut contestée en justice.

La Cour fédérale (16), dans un arrêt du 2 mai 1956 jugea que si le § 11 BGB n'était pas contraire à l'article 3 GG, le § 10 était en revanche considéré comme annulé (« Der nach allgemeiner Auffas-

(pour une position plus réservée que cet auteur avait précédemment adoptée, v. R.I.D.C., 1950, p. 250).

M. HAGEMEYER, *Das Familienrecht seit dem 1. April 1953*, NJW 1953, p. 601.
KEIDEL, *FamRZ* 1955, p. 121.

(11) En droit allemand comme en droit français, il existe des notions du domicile distinctes de la notion civile (domicile électoral, fiscal, etc.).

(12) KG 15 décembre 1955, NJW 1956, p. 264.

(13) BVerwG, 12 octobre 1955. NJ 1956, p. 684 et *FamRZ* 1956, p. 152 : « Malgré les circonstances de guerre, qui peuvent inciter à élargir le domaine du pouvoir domestique, la femme, dont le mari est absent ou disparu, ne peut, sans mandat de celui-ci, changer de domicile ».

(14) OVG Münster, 8 juin 1955, VI.A.371/55.

(15) Afin d'éviter l'injustice des conséquences de cette solution le § 1, alinéa 5 de la loi fédérale sur les réfugiés du 27 juillet 1957, admit qu'il fallait tenir compte de la résidence habituelle de la femme et non de son domicile légal.

(16) BGH, *FamRZ* 1956, p. 223.

sung aufgehobene § 10»). Dans une espèce semblable la Cour d'appel de Francfort (17) statua dans le même sens.

La loi d'égalité du 18 juin 1957 se rangea à l'opinion des tribunaux judiciaires et de la doctrine et elle abrogea expressément le § 10.

Désormais la femme mariée peut valablement conserver ou créer un domicile indépendant. Elle se trouve, à cet égard, dans la même situation que la célibataire ou la femme séparée de corps.

Est-ce à dire qu'elle puisse faire de ce droit nouveau un usage inconditionné? L'exercice en est-il limité et quels intérêts la femme peut-elle avoir à en faire usage?

Section II

L'EXERCICE DE CE DROIT

95. — Nous avons vu que l'intention des auteurs de la réforme allemande n'était pas de détruire directement ou indirectement les fondements de la famille. Il ne s'agit pas, en effet, que l'exercice des droits individuels du mari et de la femme puisse mettre en cause la communauté familiale et la dissoudre en fait sinon en droit. Jusqu'alors les prérogatives du mari en tant que chef de famille étaient assorties d'un contrepoids : le recours toujours possible en cas de méconnaissance de l'intérêt de la famille. L'existence de ce recours montrait bien que le mari ne jouissait de pouvoirs exorbitants que pour lui permettre de satisfaire aux intérêts de la famille.

De même l'usage des droits nouveaux accordés à la femme mariée en vertu du principe d'égalité ne doit pas aller à l'encontre des exigences familiales et demeure subordonné au respect par la femme de ses obligations de femme mariée, qui dans bien des cas viennent limiter sa liberté en tant qu'individu. Les devoirs que la doctrine et la jurisprudence allemandes déduisent du § 1353 BGB s'imposent impérativement aux époux quelles que soient les libertés dont ils peuvent jouir par ailleurs.

C'est ainsi que la Cour fédérale (18) a jugé que le droit nouveau de la femme mariée de créer un domicile indépendant ne peut être exercé que dans la mesure où cela est compatible avec l'obligation de vie commune; ce droit ne doit pas y porter atteinte, (« unbeschadet der sich aus dem Wesen der Ehe ergebenden Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft ») (19). Cependant si l'exercice du droit

(17) OLG Frankfurt, 26 novembre 1953, NJW 1954, p. 154.

(18) BGHZ 11, 34 (72).

(19) Le domicile est entendu au sens allemand c'est-à-dire comme incluant la résidence. La femme ne peut quitter sans motif le domicile conjugal qu'elle choisit d'un commun accord avec son mari, mais elle peut cependant avoir un domicile propre, comme second domicile dont elle peut user à condition de respecter le § 1353 BGB.

se trouve en principe soumis à condition, la capacité juridique de la femme reste entière. En effet, l'établissement d'un domicile séparé reste juridiquement valable, même si cet acte contrevient en fait au § 1353 BGB. La femme aura à répondre de sa culpabilité à l'égard de la famille quand bien même son acte serait valable du strict point de vue juridique.

96. — On peut donc se demander si cette liberté nouvelle accordée à la femme n'est pas purement formelle. Ne s'agit-il pas seulement d'un coup de chapeau donné à l'indépendance féminine, ou d'un souci d'esthétisme juridique peut-être, qui a poussé les auteurs de la réforme à établir une équivalence théorique aussi parfaite que possible entre les droits respectifs des époux, quitte à en limiter considérablement l'usage. Telle est l'opinion soutenue par M. Bosch, (20) qui tient ce droit de créer un domicile indépendant pour purement formel, car si la femme a bien la capacité d'exercer ce droit, elle n'a pas le pouvoir d'en user puisqu'elle reste tenue au devoir de cohabitation.

D'un point de vue théorique, il faut cependant remarquer que l'abrogation du § 10 BGB a fait perdre au domicile de la femme mariée son caractère légal, pour lui restituer, conformément au droit commun du domicile, un caractère volontaire. La loi n'impose plus à la femme un domicile, elle n'est plus assignée au domicile du mari, mais elle choisit librement puisqu'elle doit décider avec le mari du lieu du domicile conjugal; et elle peut choisir le domicile du mari pour en faire le sien, que sa volonté soit expresse ou tacite. Lorsque l'unité du domicile et de la résidence des époux est réalisée, la volonté tacite de la femme d'avoir pour domicile personnel le domicile conjugal sera déduite du seul fait qu'elle ne crée pas d'autre domicile. Des auteurs (21) ont considéré que le caractère dans tous les cas volontaire du domicile de la femme mariée, était une preuve du respect de la personnalité de celle-ci.

Section III

QUELS INTÉRÊTS LA FEMME MARIÉE PEUT-ELLE AVOIR A CRÉER UN DOMICILE SÉPARÉ?

97. — Dans le cas d'un ménage stable et uni installé définitivement en un lieu donné, d'un ménage où la femme n'exerce pas de profession qui l'oblige à avoir un domicile propre, celle-ci n'aura bien sûr aucun intérêt à créer arbitrairement un domicile distinct du

(20) F.-W. BOSCH, Freiheit und Bindung im neuen deutschen Familienrecht, FamRZ 1958, p. 81.

(21) G. EISSER, Die Anerkennung der Persönlichkeit der Ehefrau im neuen Ehe-recht, FamRZ 1959, p. 178.

domicile conjugal. Cette situation est celle de bien des familles, pour lesquelles la réforme passera inaperçue.

Mais il est des cas où l'activité professionnelle de la femme ou ses fonctions publiques l'obligent à avoir un domicile propre distinct de celui du mari. La jurisprudence française avait déjà admis une exception à l'article 108 C. civ. en faveur de la femme mariée commerçante qui fut autorisée à avoir un domicile commercial distinct du domicile conjugal. Il serait souhaitable qu'une telle solution fût généralisée en France chaque fois qu'une nécessité professionnelle impose à la femme d'avoir un domicile personnel qui ne soit pas celui du mari. C'est cette raison qui motiva la réforme de l'article 108 C. civ. belge (22). L'expérience montre en effet qu'il n'est pas rare que les femmes mariées soient appelées à exercer leur profession donc à établir un principal établissement hors de la commune du domicile du mari ou de celle où les époux ont fixé la résidence conjugale. Si la résidence commune est une nécessité familiale à laquelle le principe d'égalité n'entend pas déroger, le domicile unique pour les deux époux n'est pas nécessairement indispensable.

98. — Au cours des développements précédents, nous n'avons pensé qu'aux ménages qu'aucune circonstance extérieure ne vient troubler. Or il est trop souvent possible que des circonstances politiques ou économiques viennent désunir temporairement la communauté familiale. Il est inutile d'insister longuement sur les troubles provoqués par la guerre et ses suites dans la vie des familles. La règle du § 10 BGB et l'impossibilité pour la femme de créer un domicile s'étaient révélées très gênantes, voire même préjudiciables, aux intérêts de la famille, du fait des bouleversements causés par la guerre. Les bombardements, alors que le mari était au front ou disparu, ont obligé les femmes à changer de résidence et dans bien des cas il eût été nécessaire qu'elles aient pu créer un domicile, même sans l'accord du mari (23).

On peut rétorquer que la réforme du droit de la famille ne peut ni ne doit être justifié par ces seules considérations qui tiennent à des circonstances exceptionnelles. Cependant des situations semblables se présentent encore souvent en Allemagne avec les problèmes des familles de réfugiés de l'Est; les membres des familles ne pouvant pas matériellement fuir ensemble, il en résulte une dislocation temporaire de la famille et il est de ce fait souvent indispensable que la femme puisse établir un domicile en République fédérale en attendant que le mari vienne l'y rejoindre.

La très grande mobilité sociale qui caractérise notre époque, que les causes en soient politiques ou économiques, réagit sur la famille qui a cessé dans l'ensemble d'être une institution territorialement

(22) DUBRU, *l'Égalité civile des époux dans le mariage*, 1959.

(23) V. sur ce point, H. KRÜGER, *Gleichberechtigungsgesetz, Kommentar*, 1958, § 8 BGB, p. 227 et suiv.

stable. Cette mobilité entraîne la séparation souvent temporaire parfois définitive des membres de la famille. Compte tenu de cette donnée, la possibilité pour la femme de créer d'elle-même un domicile qui lui soit propre mais qui peut par la suite devenir le domicile du mari, pourra contribuer à la solution de bien des problèmes pratiques.

99. — En dernier lieu, la femme peut trouver un grand intérêt à faire usage de ce droit nouveau, lorsque les époux vivent séparément. Nous avons vu que le droit ne parvient pas à contraindre les époux à vivre ensemble contre leur gré, c'est-à-dire à empêcher les séparations de fait. Or, soit que la cohabitation cesse par la volonté de l'un des époux ou des deux, soit qu'elle cesse par suite d'une décision du tribunal accordant à l'un des époux le droit de résider séparément (24), le domicile du mari restait le domicile légal de la femme (25). Dans un tel cas, il est non seulement conforme au principe d'égalité, mais utile au point de vue pratique, que la femme puisse user du droit d'avoir un domicile personnel que la loi allemande de 1957 lui a accordé. Ce domicile peut être créé par elle quelles que soient ses responsabilités dans la rupture de la vie commune. Ce droit ne dépend pas d'un jugement préalable sur la culpabilité possible de la femme.

Si, en droit français, la notion juridique de domicile perd de sa valeur au profit de la notion de résidence, il reste un domaine où le domicile joue un rôle déterminant : celui de la compétence territoriale des Tribunaux. Lorsque les époux vivent séparément, on peut prévoir qu'une action en divorce interviendra. Si le mari demande le divorce, il sera donc obligé de porter son action devant le tribunal du domicile de sa femme (26). C'est ainsi que la Cour d'appel de Hamm (27) a conclu à l'annulation du § 606 ZPO pour contrariété avec le principe d'égalité. Le § 606 ZPO disposait que, lorsque les époux résidaient séparément, le tribunal compétent était celui du domicile du mari. La loi d'égalité a donc permis de revenir au principe général de compétence qui veut que les procès soient portés devant le tribunal du domicile du défendeur.

100. — L'importance de la notion de domicile tient essentiellement aux conséquences juridiques qu'il entraîne (compétence juridictionnelle, lieu d'exécution et loi compétente en droit internatio-

(24) Il semble que la jurisprudence française ait interprété de façon extensive l'article 215 C. civ. V. sur ce point la note de M. VOIRIN sous Paris, 10 juin 1958, D. 1958, 735.

(25) En France, seule la femme judiciairement séparée de corps peut avoir un domicile propre, mais elle ne peut y prétendre lorsqu'elle est simplement séparée de fait.

(26) L'application de l'article 108 C. civ., conduit à de véritables injustices notamment Civ. Sec. civ. 13 novembre 1959, Bull. civ. 1959.II.483, n° 737; la femme professeur à Paris, fut valablement assignée en divorce devant le Tribunal civil de Tunis où le mari était domicilié. V. également Douai, 30 octobre 1961, JCP 1962.12576.

(27) OLG Hamm, 30 avril 1953, NJW 1953, p. 910.

nal privé) (28). Mais en matière de droit de famille il joue un autre rôle capital : le domicile des parents détermine celui des enfants. Avant 1953 le domicile des enfants légitimes était celui du père. La question s'est donc posée de savoir quel domicile aura l'enfant lorsque chacun des époux ayant un domicile personnel, il n'y a pas de domicile conjugal. Nous avons vu que la jurisprudence allemande, avant la promulgation de la loi d'égalité, avait refusé de considérer le § 11 BGB comme inconstitutionnel et maintenait le principe selon lequel le domicile de l'enfant légitime non émancipé suit celui du père. Cependant la loi d'égalité n'a pas cru devoir conserver cette règle ni suivre cette jurisprudence. Le § 11 BGB dispose désormais que : « l'enfant légitime partage le domicile des parents; si les parents n'ont pas le même domicile, l'enfant partage le domicile de l'époux qui le représente dans les affaires personnelles ». Mais les tribunaux ont dû cependant décider, que tant qu'aucune décision n'est prise quant à celui des époux qui représentera l'enfant, celui-ci a un double domicile (29).

Il demeure évident qu'en ce qui concerne les enfants un domicile commun aux deux époux reste toujours désirable, en dehors du fait qu'il exprime de façon naturelle l'existence de la communauté conjugale (30).

Mais on peut concevoir la coexistence du domicile conjugal créé conjointement par les époux et de domiciles secondaires propres à chacun des époux que des exigences pratiques leur imposent de créer. Il en est du domicile comme du nom : la femme peut désormais prétendre avoir un domicile propre de même qu'elle peut, dans certaines hypothèses, faire usage de son nom de jeune fille.

En conclusion, il reste à prouver si cette réforme des règles concernant le domicile des époux aura des conséquences néfastes sur la stabilité de l'union conjugale. Mais on peut d'ores et déjà affirmer que, en mettant l'accent sur l'aspect volontaire de la vie commune, elle rend les époux réciproquement et librement responsables de son maintien. Cette évidence de la réalité est désormais un postulat du droit de la famille. Ignorant toute solution autoritaire aux conflits, la loi allemande, qui considère les époux comme des égaux, les incite directement à s'entendre donc à renforcer la communauté qui doit exister entre eux.

(28) P. MALAURIE, *Le Divorce des mariages mixtes en cas de séparation de fait*, E. f9-3, fr

D. 1963, chron. X, p. 535.

(29) OLG Karlsruhe, 11 mars 1963. FamRZ 1963, 260.

(30) H. DÖLLE, *l'Égalité de l'homme et de la femme dans le droit de la famille*, RIDC 1950, p. 263.

CHAPITRE III

Le choix et l'exercice par la femme d'une profession

Section I

LE PROBLÈME SOCIAL ET FAMILIAL DU TRAVAIL DE LA FEMME

101. — Dans le monde entier, des femmes mariées travaillent, non pas en tant que femmes, mais au même titre que les hommes, et dans des conditions à peu près comparables sinon tout à fait, semblables. Ce fait n'est pas vraiment nouveau, mais cependant la participation des femmes à des tâches jadis masculines, est une donnée majeure de notre époque; elle a opéré une des évolutions les plus profondes de la société en entraînant une métamorphose interne de la cellule familiale, de l'image féminine et maternelle et de la traditionnelle distribution des tâches masculines et féminines; en un mot, une métamorphose de tout ce qui apparaissait comme le plus immuable.

§ 1. — DONNÉES STATISTIQUES

102. — Jusqu'à la révolution du XIX^e siècle, la participation des femmes à la production des biens utiles à la vie était un travail gratuit, non commercialisé, qui s'accomplissait au sein d'un foyer dont le rôle producteur tend de plus en plus à disparaître, bien qu'il subsiste encore dans certains secteurs, notamment dans la paysannerie et surtout dans le petit commerce.

Pourtant l'accroissement du travail féminin en France, depuis le début du siècle, reste faible : il n'est que de 9 p. 100. En 1906, 4 360 000 femmes ont une profession, en 1954, 4 730 000. Mais la nature du travail a considérablement changé. On a constaté une nette diminution dans le secteur industriel et une augmentation dans le secteur commercial. Au début du siècle, les professions libérales et le personnel des services publics ne comptaient que 6 p. 100 de femmes, en 1954, 37,6 % (1). Par ailleurs, à la même date, les femmes représentaient 14 p. 100 du nombre des chefs d'entreprises industrielles, 29 p. 100 du nombre des chefs d'entreprises dans le grand commerce et 52 p. 100 dans le petit commerce.

En Allemagne fédérale, les dernières statistiques générales officielles sur le travail des femmes datent de 1950; elles furent complétées sur des points de détail en 1956 (2) :

En 1950, 31,4 % des femmes travaillaient et 43,8 % des femmes en âge de travailler (de 15 à 65 ans).

En 1955, ces pourcentages sont passés à 33,6 % et 46,8 %. 73,4 % des femmes célibataires travaillent.

Mais, 25 p. 100 seulement de toutes les femmes mariées travaillaient (en 1950, il y avait 10 751 000 femmes mariées dont 9 900 000 vivaient avec leur mari). Ce pourcentage tient compte des femmes qui travaillent avec leur mari dans la même entreprise (commerce, artisanat, agriculture qui à elle seule comprend 85 % de femmes collaboratrices de leur mari). Il est donc nécessaire de préciser ces chiffres, car le travail en commun a un caractère familial qui pose d'autres problèmes, appelle d'autres solutions et se distingue de l'activité professionnelle extra-familiale. En effet, parmi les 2 762 000 femmes qui travaillent, 1 707 000 travaillent dans l'entreprise familiale.

9,8 % de toutes les femmes mariées exerçaient une profession indépendante (3), mais 7 p. 100 seulement des femmes qui vivent avec leur mari « in eigener Haushaltung ».

Selon des estimations du Statistische Bundesamt ce pourcentage aurait augmenté alors que celui des femmes collaborant à l'entreprise familiale serait resté stationnaire.

Ces statistiques prouvent que peu de femmes mariées travaillent. Elles montrent également qu'elles le font pour la plupart dans les premières années du mariage et abandonnent ensuite (4).

(1) Ces chiffres concernent seulement les professions non agricoles.

(2) Statistisches Bundesamt, Statistische Berichte, art. n° II 2/3 : Die Frau in wirtschaftlichen und sozialen Leben der Bundesrepublik.

(3) Il est intéressant de remarquer qu'en 1939, 32,2 % des femmes mariées exerçaient une profession indépendante, Statistische Berichte, art. n° II, 2/3, p. 10.

(4) En 1950, 1/3 seulement des employées mariées (Angestellte und Beamtinnen) étaient mariées depuis plus de 10 ans et 1/2 des ouvrières.

§ 2. — ANALYSE SOCIOLOGIQUE

103. — S'il est apparu de tout temps normal et nécessaire que l'homme exerce une activité professionnelle, de nombreux esprits demeurent encore choqués de constater que la femme en fasse de même et vienne ainsi bouleverser l'ordre traditionnel ou soi-disant tel de la vie familiale.

Le travail de la femme hors du foyer leur apparaît sinon comme une regrettable nécessité, du moins comme un risque grave pour la famille, car ce travail l'écarte de ses fonctions naturelles qui sont l'entretien du ménage et l'éducation des enfants.

D'autres au contraire, cherchant à libérer la femme de ce rôle qu'ils nomment « esclavage » veulent lui accorder une place égale à celle de l'homme au sein de la société.

Malheureusement, le climat passionnel du débat qui oppose conservateurs et progressistes, empêche de cerner le problème dans son ensemble et avec toutes ses nuances. Les partisans de la « femme au foyer » oublient que la société actuelle ne saurait se passer du travail des femmes, ceux qui préconisent leur intégration complète et sans limite dans l'effort de production, négligent la spécificité du rôle de la femme au sein de la vie familiale et la vouent alors peut-être à un double esclavage.

Il est évident que le travail de la femme modifie la hiérarchie traditionnelle du ménage : le mari n'est plus le seul à subvenir à son entretien et la femme ne se consacre plus uniquement aux travaux ménagers. La responsabilité de la vie matérielle est alors partagée entre les deux époux dans des conditions identiques; la femme active crée l'image du « couple-équipe », donc du couple égal où chacun, selon ses capacités et ses moyens, porte une part de l'unique fardeau.

Il est sûr que la dépendance personnelle de la femme à l'égard du mari et la supériorité de celui-ci au sein du ménage, proviennent en grande partie de la dépendance économique, matérielle plutôt, de la famille vis-à-vis du mari; et inversement, le maintien de cette dépendance apparaît comme une des conditions de la persistance d'une conception patriarcale de la famille. « C'est moi qui commande parce que c'est moi qui travaille » exprime, au-delà de sa dureté, une conception de la structure du ménage encore répandue dans nos sociétés.

Le travail de la femme lui procure, tant du point de vue social que du point de vue familial, une situation et des fonctions comparables à celles de l'homme (5). Ainsi cette modification de la structure interne du ménage, due à l'affaiblissement de l'autorité maritale, est peut-être la raison profonde de certaines objections faites au prin-

(5) Il est à remarquer que c'est toujours sous l'influence de leur travail que les Françaises ont vu leur condition se modifier. Elles ont moins lutté pour la « puissance » comme les Anglaises ou les Américaines que pour le droit et les moyens de travailler.

cipe de l'activité professionnelle de la femme mariée. Le risque que la femme fait courir à la famille est-il seulement d'ordre matériel? C'est-à-dire la négligence des devoirs domestiques? N'est-il pas surtout d'ordre social dans la mesure où le travail féminin, en modifiant les rapports traditionnels des époux, fait échec au principe de l'autorité du mari et détruit la conception sur laquelle notre droit de la famille est encore fondé? La question reste posée et on peut se demander si la nécessité d'avoir l'autorisation du mari pour exercer une profession n'a pas été imposée à la femme par les législations européennes à la fois comme une conséquence logique du caractère paternaliste de la famille mais aussi comme une condition de son maintien.

§ 3. — ÉTAT DU DROIT :

104. — Avant la réforme de 1957, le droit français et le droit allemand étaient en harmonie. Le mari aux termes de l'article 223 C. civ. et du § 1354 BGB avait le droit de s'opposer à l'exercice par sa femme d'une profession séparée. Ce pouvoir d'opposition relevait de ses attributions de chef de famille (6). En cette qualité il doit assurer la direction matérielle et morale de la famille et si la profession de la femme lui paraît de nature à porter atteinte à l'intérêt de la famille, la loi lui donne un pouvoir de contrôle qui lui permet de faire défense à la femme de poursuivre l'exercice de son métier. En Allemagne comme en France depuis 1938, ce pouvoir qui devait être utilisé dans l'intérêt de la famille, n'est pas discrétionnaire et la femme peut s'adresser aux tribunaux en cas d'abus de droit (7).

On admettait en Allemagne également, malgré quelques rares opinions dissidentes (8), que la profession de la femme faisait partie des « affaires communes » pour lesquelles le mari avait un pouvoir unilatéral de décision, sauf recours judiciaire de la femme devant le tribunal des tutelles (9).

(6) T. KALLAI, La notion de chef de famille, thèse, Paris 1950, p. 63 et suiv. P. SAVIGNAUD, Le chef de famille, thèse, Paris 1948, p. 62 et suiv.

(7) Le droit d'opposition du mari est général et s'étend à toutes les professions publiques et privées. C. E. Ass. plén., 19 février 1943, D. 1945, p. 50 G.P. 1943.I.133.

La détermination des pouvoirs du juge par rapport à l'interprétation de la notion d'intérêt de la famille est chose délicate. Le mari bénéficie d'une sorte de présomption que la femme dans son recours doit détruire en prouvant de façon positive « le mauvais esprit familial » du mari, hormis l'hypothèse de l'état de nécessité. Cf. L. AULAGNON, Le juge de l'exercice du droit des époux, Études Ripert, t. I., p. 3905.

Une opposition abusive du mari à l'exercice par la femme d'une profession séparée pourrait constituer une injure grave; mais encore faut-il que le caractère abusif de l'opposition soit démontré; pour une interprétation restrictive, v. Civ. 2^e sect. civ; 25 novembre 1962, G.P., 29 janvier 1963, RTDC 1963, p. 310, obs. H. DESBOIS.

(8) WIERS, Das selbständige Erwerbstätigkeit der Ehefrau, thèse, Leipzig 1931, p. 21.

(9) RG, 13 janvier 1904, RGZ 84,47.

La doctrine et la législation ont fait une différence entre le système de la non-opposition du mari, la femme étant en principe libre sauf opposition (10), et le système de l'autorisation préalable tel qu'il résultait avant les lois de 1938 et 1942, de la puissance maritale. Cette distinction pouvait avoir une grande importance si la non-opposition du mari était dans tous les cas présumée; mais, en pratique il était généralement fort utile d'obtenir l'autorisation expresse du mari, soit pour garantir les dettes de la femme, soit pour prévenir une éventuelle dénonciation par le mari des contrats de travail de la femme (11). Cette modification législative avait cependant une valeur pour les femmes exerçant une fonction publique.

105. — La doctrine et la jurisprudence françaises d'une part, la loi allemande d'autre part (§ 1358 BGB), admettaient que le mari intervienne directement auprès de l'employeur de la femme, lequel était alors tenu sous peine de dommages et intérêts de mettre fin au contrat. D'après le § 1358 BGB la dénonciation par le mari de l'engagement de la femme produisait ses effets sans délai, mais le mari devait être habilité à exercer ce droit par le tribunal des tutelles. Ce tribunal était tenu de le lui accorder chaque fois que l'activité professionnelle de la femme lui paraissait porter atteinte aux intérêts de la famille. Cette disposition du BGB ne semble pas avoir été appliquée conformément à l'intention du législateur. Mesure protectrice de la famille, elle fut le plus souvent utilisée par les époux d'un commun accord comme un moyen commode de libérer la femme d'un engagement professionnel qu'ils jugeaient inopportun, afin de le remplacer par un autre plus avantageux sans attendre l'expiration du délai prévu par le premier. Cet usage abusif justifia les condamnations que la doctrine allemande porta à cette règle (12). L'exemple de cette pratique en Allemagne aurait pu conduire la Commission de Réforme du Code civil à plus de réserve lorsqu'elle proposait un droit réciproque des époux de contrôler l'activité professionnelle de l'autre et de saisir le tribunal afin qu'il interdise l'exercice d'une profession au mari ou à la femme lorsque cette profession porte préjudice aux intérêts moraux et matériels du ménage et des enfants (13). Accorder ce droit de contrôle aux deux époux pose des problèmes délicats mais

(10) Sur la nature et la sanction de l'opposition du mari, v. CHOTEAU, D. 1945, chron. p. 41.

(11) Pour la femme commerçante, l'article 4 du Code de commerce dans sa rédaction de 1942, n'exige plus pour l'inscription au Registre du commerce, la production d'un certificat de non-opposition du mari. Or, il semble que cette réforme n'ait pas été appliquée; en pratique, certaines circulaires du ministère de la Production industrielle adressées aux greffiers des Tribunaux de commerce, parlaient encore de l'autorisation maritale et les greffiers, en cas d'impossibilité du mari de manifester sa volonté, exigeaient un jugement du Tribunal civil. V. SAVIGNAUD, *op. cit.* p. 63.

(12) Verhandlungen des 33., deutschen Juristentages, p. 334, 344, 380.

H. DÖLLE, L'égalité de l'homme et de la femme dans le droit de la famille, R.I.D.C. 1950, p. 261.

(13) Travaux de la C.R.C.C., 1949-1950, p. 109 et suiv.

n'est pas illégitime. A l'égard de la femme la question est le plus souvent relative au principe même d'une activité professionnelle; à l'égard du mari, il s'agit au contraire de savoir si telle profession est ou non préjudiciable à la famille. Les données du problème ne sont donc pas exactement les mêmes. Avant que la Commission de Réforme ne le fasse, la question n'a jamais été posée, en droit civil, d'accorder à la femme un droit de contrôle sur l'activité du mari, car on a toujours pensé que c'était une obligation pour lui de travailler; cependant il est juste d'envisager une telle règle, car il est vrai que certaines professions exercées par le mari peuvent être néfastes à l'équilibre matériel et moral du ménage et des enfants et que dans cette mesure la femme devrait pouvoir imposer à son mari, par l'intermédiaire des tribunaux, soit de changer de profession, soit de faire modifier les conditions d'exercice de son métier. Mais la Commission de Réforme du Code civil en proposant une telle solution cherchait à établir l'égalité du mari et de la femme en cette matière, tout en préservant les intérêts d'une famille dont le caractère sinon patriarcal du moins paternaliste devait à ses yeux disparaître de nos institutions légales.

Il nous faut donc examiner comment, à la lumière de l'exemple allemand, le principe d'égalité peut être mis en œuvre.

Section II

LE PRINCIPE D'ÉGALITÉ ET LA PROFESSION DE LA FEMME MARIÉE (14)

106. — L'exercice par la femme d'une activité professionnelle rémunérée peut-être envisagé sous un double aspect : on peut d'une part considérer qu'il s'agit pour elle de l'exercice d'un droit personnel, d'une liberté inhérente à sa personne, mais on peut d'autre part admettre qu'il s'agit d'un devoir, d'une obligation qui peut s'imposer à la femme, comme nous le verrons ultérieurement.

Sur le plan familial, l'accent est mis sur le caractère obligatoire du travail du mari dont le devoir essentiel est d'assurer la subsistance matérielle de la famille. S'il ne s'agit pas d'une obligation juridique expressément imposée par la loi mais plutôt d'un devoir moral et d'une nécessité de fait, le droit cependant en sanctionne l'inexécution.

Pour la femme au contraire, l'exercice d'une profession n'apparaît pas encore comme un devoir juridiquement sanctionné, encore qu'il soit dans bien des cas une nécessité. Le travail de la femme mariée est considéré, d'un point de vue théorique du moins, comme l'exercice d'un droit qui lui est personnel; mais ce droit était limité et soumis

(14) F. NIETHAMMER, *Entscheidungsbefugnis und Arbeit der Ehefrau*, Thèse, Marburg, 1958.

à la non-opposition du mari qui avait le pouvoir d'intervenir pour interdire à sa femme de travailler. Un tel pouvoir n'est évidemment pas compatible avec la mise en œuvre du principe d'égalité.

§ 1. — LE DROIT PERSONNEL DE LA FEMME
A L'EXERCICE D'UNE PROFESSION

107. — Les limitations plus formelles que réelles d'ailleurs, imposées à la liberté de la femme mariée du fait de sa soumission à l'autorité du mari, doivent inévitablement disparaître le jour où l'on considère que, au sein même de la famille, la femme est l'égale de l'homme. Le principe d'égalité ne s'accorde naturellement pas avec la persistance d'un pouvoir unilatéral du mari de s'opposer à ce que sa femme exerce une profession. Ainsi les partisans de l'égalité sont-ils amenés à affirmer la pleine liberté de la femme de choisir et d'exercer une profession. Le travail doit être considéré comme un droit attaché à la personnalité de tout individu.

Telle fut l'opinion de la Cour de Fribourg-en-Brisgau dans un arrêt rendu le 18 mai 1949 (15), avant même que la Loi fondamentale allemande ne proclame le principe d'égalité applicable au droit de la famille. Les motifs de cet arrêt sont instructifs : la Cour reconnaît expressément le droit de la femme mariée de continuer l'exercice de son métier et estime que dans l'espèce, l'interdiction faite à la femme de cesser son activité professionnelle constitue « une atteinte à sa personnalité », dans la mesure où cette interdiction la contraint de négliger ses talents individuels et sa formation scientifique et ainsi de ne pas développer sa vocation; compte tenu des circonstances, la Cour jugea que cette femme avait une responsabilité morale à l'égard d'elle-même et des « devoirs envers sa propre personnalité » (16).

L'abrogation pure et simple du § 1358 BGB ne souleva aucune difficulté. Cette disposition était à la fois archaïque et sans efficacité pratique véritable. Cependant il ne suffisait pas de supprimer ce signe de subordination de la femme, pour résoudre définitivement les problèmes posés par la profession de celle-ci.

Il était nécessaire non seulement de proclamer la liberté de la femme mariée mais surtout d'en définir le sens, la portée et le domaine d'application.

A. — *La garantie du droit de la femme*

108. — Le lecteur étranger reste au premier abord un peu étonné par l'acharnement de la doctrine, des tribunaux et du législateur allemands à affirmer la liberté professionnelle de la femme

(15) DRZ, 1949, p. 88.

(16) V. observations de G. BOEHMER, DRZ 1949, p. 73.

et par les études détaillées auxquelles les modalités d'application de ce principe apparemment nouveau ont donné lieu.

Ce phénomène peut s'expliquer par plusieurs raisons : d'une part les femmes ont assuré leur émancipation essentiellement grâce à leur travail extra-familial. Il fallait donc consacrer fermement ce droit au travail pour garantir cette émancipation et assurer à la femme cette position d'égalité que la Constitution proclamait.

Il semble d'autre part que ces analyses doctrinales des droits et libertés de la personne aient rencontré en Allemagne un succès particulier par réaction contre la période nationale-socialiste qui les avait méconnus. Ceci nous semble particulièrement évident en ce qui concerne le droit de la femme et surtout de la femme mariée à l'exercice d'une profession. L'hostilité évidente du régime hitlérien (17) à l'égard du travail des femmes jointe à l'idéologie nationale-socialiste relative au rôle et aux fonctions de la femme dans la société, provoqua dans une certaine mesure une réaction plus violente qu'elle n'aurait dû l'être et qu'elle ne l'a été dans d'autres pays. C'est pourquoi les principes constitutionnels proclamant la liberté de l'individu ont été pris au sérieux et effectivement concrétisés.

109. — La liberté de la femme en cette matière résulte non seulement de la disposition de l'article 3 alinéa 2 de la Loi fondamentale, c'est-à-dire du principe d'égalité mais aussi de l'article 2 alinéa 1 qui proclame « le droit de tout individu au libre développement de sa personnalité... » et de l'article 12 alinéa 1 relatif au libre choix de la profession que cette même loi garantit à tout individu (18).

Le choix et l'exercice d'une profession et de toute activité extra-familiale est pour la femme mariée allemande un droit qui relève de la catégorie des « droits de la personnalité » (19), c'est-à-dire des droits fondamentaux de la personne. Ce droit garanti par la Constitution ne doit faire l'objet d'aucune limitation extérieure, soit de la part du mari, soit de la part du législateur ou des employeurs. Toute pression exercée sur sa décision que la doctrine allemande qualifie de « *höchstpersönliche Entscheidung* » est illégitime.

Une application intéressante de ce principe a été faite par la Cour constitutionnelle fédérale dans un arrêt du 17 janvier 1957 (20) : il s'agissait de juger de la constitutionnalité d'une disposition fiscale (l'art. 26 de la loi sur l'imposition des revenus) prescrivant l'imposition

(17) Le gouvernement hitlérien a proclamé maintes fois qu'il n'était pas opposé au travail féminin (Congrès du Front du Travail, Nuremberg, 14 sept., 1935). Néanmoins le mouvement d'opinion déclenché par la crise économique, mouvement d'hostilité envers le travail des femmes trouva en Allemagne une base solide dans l'idéal féminin du national-socialisme, la femme y étant essentiellement envisagée dans ses fonctions de reproduction, et provoqua de considérables restrictions de l'emploi des femmes.

(18) H. KRÜGER, *Kommentar zum Gleichberechtigungsgesetz*, § 1356, p. 251.

(19) G. EISSER, *die Anerkennung der Persönlichkeit der Ehefrau im neuen Ehe-recht*, FamRZ 1959, p. 180.

(20) BVerfG, 17 janvier 1957, 6, 81 et NJW 1957, p. 417.

cumulative des revenus du mari et de la femme dans le cas où chacun exerce une profession. Il en résultait un préjudice pour les époux dans la mesure où l'impôt augmente proportionnellement aux revenus. La Cour constitutionnelle estima tout d'abord que cette disposition était contraire à l'article 6 de la Loi fondamentale et qu'elle portait atteinte à la famille dont cet article garantit la protection. Le préjudice imposé aux époux du fait de l'imposition cumulative des revenus de leurs salaires fut considéré comme une atteinte inconstitutionnelle donc illégitime à la famille. Contraire à l'article 6 cette disposition violait également le principe d'égalité de l'homme et de la femme, lequel impose, selon les termes de la Cour « de garantir à la femme la possibilité d'acquérir des revenus avec des chances et dans des conditions juridiques égales à celles de tout citoyen masculin. En conséquence, l'impôt ne doit pas être plus lourd lorsqu'elle est mariée que lorsqu'elle est célibataire. » Dans sa défense l'État rétorqua que cette disposition de la loi fiscale avait aussi pour but de protéger la famille en contraignant les femmes à se consacrer à l'entretien du ménage et des enfants (« die Frau ins Haus zurückzuführen ») car l'exercice d'une profession porte atteinte à l'ordre naturel de la famille. La réponse de la Cour est formelle sur ce point : « La liberté de la femme mariée de décider si elle se consacrera au ménage, si elle collaborera à l'activité de son mari ou si elle exercera une profession indépendante, relève de la sphère de vie privée reconnue à l'individu et garantie par la Constitution. Une pression indirecte exercée par le législateur pour la faire « rentrer au foyer » n'est pas légitime d'une part, parce que, l'idée selon laquelle l'activité professionnelle de la femme serait contraire à l'intérêt de la famille est fausse et inconstitutionnelle et d'autre part, parce qu'il appartient aux époux et non au législateur de décider de l'organisation interne de la famille et de déterminer les fonctions qu'ils y rempliront. Le législateur a seulement pour tâche d'harmoniser les exigences de l'article 3 alinéa 2 avec celles de l'article 6 de la Loi fondamentale, lesquelles ne sont pas inconciliables. »

On ne saurait être plus catégorique dans l'affirmation de la liberté de la femme concernant le choix de son activité.

Il semble bien d'autre part, que socialement des institutions telles que l'imposition cumulative des salaires ou l'allocation de salaire unique, qui militent indirectement pour le maintien des femmes au foyer, se montrent beaucoup moins efficaces que l'attrait d'un véritable gain.

La jurisprudence allemande (21) annula également pour inconstitutionnalité les fameuses « clauses de célibat » incluses fréquemment dans les conditions générales des contrats de travail et prescrites par le § 63 de la loi concernant le statut des fonctionnaires aux termes desquelles une femme pouvait être congédiée si elle se mariait. Les

(21) LAG Frankfurt, 10 avril 1952, *Betrieb* 1953, p. 235. H. GALPERIN, *Rechtsprechung zum Arbeitsrecht*, JZ 1957, p. 457.

motifs des tribunaux sont invariablement les mêmes : le droit de la femme et sa liberté d'embrasser une profession ne doivent souffrir aucune limitation extérieure et elle doit rester seule juge de l'opportunité de sa profession. L'argument selon lequel la clause de célibat serait une disposition protectrice de la femme est faux (22).

Toutes ces clauses contractuelles ou dispositions légales ont été annulées comme contraires au principe d'égalité cette annulation respectant aussi l'article 6 de la Loi fondamentale, car le travail de la femme mariée ne doit pas être considéré à priori comme néfaste pour le ménage. De plus le but de ces clauses n'était nullement la protection de la famille.

110. — Lors de la discussion des projets de loi relatifs à la réforme du droit de la famille, la sous-commission parlementaire du Bundestag (23) hésita à faire une distinction suivant que la femme mariée exerce une profession par vocation ou qu'au contraire son métier ne représente pour elle qu'une source de revenus non indispensable à la famille. Dans le premier cas la profession de la femme, source d'épanouissement personnel, n'était pas considéré par la sous-commission comme préjudiciable à la gestion du ménage et à l'éducation des enfants. Dans le second au contraire une limitation était apportée à la liberté de la femme qui devait d'abord se consacrer aux tâches ménagères. Ceci fut proposé dans le seul but de freiner et de modérer l'élan d'après-guerre qui poussait la majorité des Allemands à rechercher un niveau de vie toujours amélioré au mépris parfois de l'harmonie familiale (24).

Une telle distinction était juridiquement impossible et ne semblait pas fondée car il n'est pas vrai qu'une profession exercée par vocation ne soit jamais préjudiciable à la famille. Tout dépend de la profession entreprise et de la disponibilité qu'elle peut laisser à la femme.

Cependant si cette distinction n'offre pas d'intérêt pour le juriste, elle est très importante pour le sociologue.

L'étude sociologique des motifs qui poussent les femmes à travailler démontre que cette activité est essentiellement déterminée par des raisons d'ordre économique. Si dans les milieux les moins

(22) BarbG, 10 mai 1957; NJW 1957, p. 1688 et BB 1957, p. 1036.

(23) Rapport n° 56 de la sous-commission parlementaire pour le droit de la famille, 29 septembre 1956, p. 7. H. KRÜGER, *op. cit.*, § 1356, n° II.

(24) H. SCHELSKY, Wandlungen der deutschen Familie in der Gegenwart 1955, p. 178 et suiv.

Sous le titre « Die Konzentration der Familie an den sozialen Wiederaufstieg », l'auteur montre pourquoi et comment le but premier des individus et des familles après la guerre fut de conquérir ou de reconquérir un niveau de vie et une position sociale pour eux-mêmes et pour leurs enfants. Cette volonté mobilisa toute l'énergie des membres de la famille et les femmes n'ont pas échappé à l'effort professionnel entrepris. SCHELSKY cite le cas fréquent dans lequel la femme travaillait pour permettre au mari de reprendre ses études dans le but de progresser dans l'échelle sociale. Ce phénomène ne fut pas seulement remarquable dans les familles particulièrement éprouvées par la guerre et ses suites (réfugiés, déclassés, etc.) mais il fut général à un degré plus ou moins marqué.

favorisés il s'agit de survivre, dans les milieux plus aisés la femme désire gagner de l'argent soit pour améliorer le budget familial, et se permettre à elle et à sa famille d'avoir plus de moyens pour les loisirs, soit pour permettre aux enfants de poursuivre leurs études, ce qui est encore un but familial. Les enquêtes, tant en France qu'en Allemagne, révèlent que le goût pour le métier en lui-même ne tient qu'une place très faible (25). Quant au souci d'indépendance, il semble bien être le privilège des femmes appartenant à des milieux très aisés, qui seules ont une véritable liberté de choix, en raison de leur niveau de vie élevé; cependant, le cas de ces femmes reste important par l'influence qu'elles exercent, influence qui est d'ailleurs sans rapport avec leur nombre (26).

Ce fait sociologique est important : dans la majorité des cas, le travail professionnel de la femme représente l'accomplissement d'une fonction de solidarité familiale (*Familiensolidaristisch*) et, non comme le préconisaient les mouvements féministes, la satisfaction d'un besoin d'indépendance, (*Individualegoistisch*).

C'est pourquoi ce problème relève de par sa nature, plutôt de l'obligation d'entretien des époux que du droit subjectif de la femme d'exercer une profession.

La loi d'égalité a donc eu raison de ne pas reprendre cette distinction doctrinale entre professions exercées par vocation ou sans vocation; elle ne distingue pas non plus, parmi les activités extra-familiales de la femme, l'activité rémunérée des activités bénévoles. Elle se contente d'affirmer la liberté de la femme « *erwerbstätig zu sein* » (§ 1356 BGB.)

Est-ce à dire que cette liberté de la femme soit inconditionnée, qu'elle ne soit soumise à aucune limitation? Le problème se pose en ce domaine également, d'harmoniser les droits des époux en tant qu'individus et leurs devoirs en tant que membres de la communauté familiale.

B. — LA PORTÉE DU DROIT DE LA FEMME

111. — Sous l'empire d'une organisation paternaliste de la famille, la liberté de la femme était conditionnée et limitée par le consentement exprès ou tacite du mari. Ce dernier était, légalement du moins, juge et garant du respect par la femme de ses obligations familiales. La mise en œuvre du principe d'égalité a retiré au mari son pouvoir d'appréciation et par suite d'intervention unilatérale,

(25) H. SCHELSKY, *op. cit.*

G. WURZBACHER, *Leitbilder gegenwärtigen deutschen Familienlebens*, 1954.

La femme au travail, *Revue Esprit*, mai 1961.

Images de la femme dans la société urbaine, *Revue internationale des Sciences sociales*, UNESCO, vol. XIV, 1962, n°1.

(26) C'est effectivement dans ces milieux qu'il y a le moins de femmes qui travaillent.

mais elle n'a pas aboli pour autant la hiérarchie des devoirs et des droits qui s'imposent à la femme. Le § 1356 nouveau, décide que « la femme mariée a le droit d'exercer une profession dans la mesure où cela est compatible avec ses obligations dans le ménage et la famille » (« Die Frau ist berechtigt, erwerbstätig zu sein, soweit dies mit ihren Pflichten in Ehe und Familie vereinbar ist »). Ainsi la femme est d'abord tenue de veiller à la gestion du ménage et n'est autorisée à exercer une profession qu'à la condition de ne pas mettre en danger l'entretien quotidien du ménage. Il est clair que le travail extérieur de la femme ne peut être dans cette perspective qu'une activité subsidiaire, subordonnée à l'accomplissement des tâches familiales. La loi allemande, en se fondant sur une tradition encore très respectée, a pris le parti d'imposer d'abord à la femme de se consacrer au ménage et à l'éducation des enfants. C'est ici que se pose pour la femme le problème essentiel des rapports entre les contraintes matérielles et la limitation de ses aspirations personnelles. Mais on peut se demander si la loi n'a pas poussé trop loin son souci de réglementation. La hiérarchie des tâches devrait rester affaire d'appréciation des seuls époux.

112. — La jurisprudence allemande eut l'occasion, avant et après la promulgation de la loi de 1957, de se prononcer sur cette question. Elle le fit à propos des actions introduites par le mari, sur la base des §§ 844 et 845 BGB, en réparation du préjudice subi, lorsque la femme par suite d'un accident se trouvait dans l'impossibilité physique de pourvoir à l'entretien du ménage. La cour d'appel de Stuttgart (27) décida par exemple dans un arrêt du 18 mai 1961 que « la femme, même lorsqu'elle exerce une profession, est tenue envers le mari de gérer le ménage, que son activité professionnelle ne prime cette obligation que dans la mesure où l'apport de son salaire est indispensable à l'entretien de la famille, et que la réparation du préjudice subi par le mari doit être équivalente au prix qu'il devrait fournir pour remplacer le travail que la femme accomplissait dans le ménage ». La Cour fédérale réaffirma (28) dans une espèce semblable que « la femme est en premier lieu tenue « zur Haushaltsführung », et ceci même si elle exerce une profession ».

Ainsi aucun doute n'est possible : la profession de la femme ne doit pas porter préjudice à la famille. La femme ne peut légitimement consacrer une partie de son temps à des activités extérieures qu'à la condition de faire en sorte que l'entretien du ménage et des enfants n'ait pas à en souffrir. La loi et la jurisprudence allemandes mettent ainsi l'accent sur la séparation des fonctions qui doit régner dans le ménage entre le mari et la femme.

Le fait nouveau est que la femme est seule juge et responsable de son choix. Le représentant du gouvernement déclarait même devant la sous-commission parlementaire que « la question de savoir

(27) OLG Stuttgart, FamRZ 1951, p. 526 et NJW 1961, p. 2113.

(28) BGH, 10 mars 1959, FamRZ 1959, p. 203.

si l'activité professionnelle de la femme est compatible avec ses obligations familiales doit être appréciée selon les critères purement objectifs et que la volonté du mari n'a pas à être prise en considération dans ce cas » (29).

En réalité de multiples facteurs, objectifs et subjectifs, matériels et moraux, seront considérés.

Ils sont variables d'une famille à l'autre et le plus souvent la décision sera le fruit d'un accord des époux, à moins que le travail de la femme ne soit véritablement nécessaire à la vie même de la famille, auquel cas il n'y a plus lieu de choisir.

§ 2. — LE CONTRÔLE JUDICIAIRE

113. — Si le mari a incontestablement perdu tout pouvoir d'intervention directe, il garde néanmoins la possibilité de s'adresser aux tribunaux qui pourront contraindre la femme soit à cesser son activité professionnelle s'il ressort des faits qu'elle l'exerce au mépris de ses obligations familiales, soit à exercer une profession si l'apport de son salaire est nécessaire à l'entretien du ménage.

On s'est posé la question de savoir si ce droit de recours ne devait pas, du fait de l'égalité des époux, être réciproque et s'il ne fallait pas admettre que la femme puisse également demander aux tribunaux d'ordonner au mari non pas qu'il cesse son activité mais par exemple qu'il change de profession lorsque celle qu'il exerce présente pour la famille des dangers moraux ou matériels. S'il est légitime de poser ce problème, il est cependant resté théorique et ne semble pas avoir été soulevé par la doctrine allemande. La Commission de réforme du Code civil français en discuta brièvement (30), M. Ancel ayant justement proposé, comme conséquence logique du principe d'égalité, sinon un droit d'opposition réciproque des époux du moins un droit de recours judiciaire réciproque.

En réalité de tels recours dans l'intérêt de la famille sont très rares et s'il est opportun d'en réserver la possibilité aux époux, il serait nécessaire à l'utilité et l'efficacité de ces recours que l'on connaisse en France un juge comme le tribunal des tutelles, plus proche de l'arbitre que du juge, et de ce fait plus apte à trancher de tels litiges.

Dans l'état de notre organisation judiciaire et de notre procédure, si les époux n'arrivent pas à s'entendre et à organiser la répartition des tâches dans le ménage en tenant compte à la fois de leurs aspirations personnelles et des contraintes matérielles, il y a de fortes chances pour que le recours au tribunal soit dans ce domaine comme dans les autres le prélude à une séparation de corps ou à un divorce.

Sauf pour quelques rares cas, ce problème reste théorique car le plus souvent les nécessités de fait imposent aux époux leurs solutions,

(29) Rapport, n° 56, p. 8.

(30) Travaux de la C.R.C.C., 1949-1950, p. 111.

soit que la femme se trouve dans l'obligation impérative de se consacrer à ses enfants, soit au contraire qu'elle soit obligée de travailler pour survivre.

Cependant le contrôle judiciaire s'exercera *a posteriori* lors d'un procès de divorce ou de séparation de corps, car la loi, en fixant le cadre général des obligations des époux, permet au juge de déterminer leurs responsabilités. Il est possible que la femme qui persiste à travailler au mépris de l'éducation de ses enfants et sans que son salaire soit indispensable à la famille, se voit refuser la garde de ces mêmes enfants. De même on peut considérer comme injure grave le fait pour le mari d'entraver l'activité professionnelle de sa femme.

En ce qui concerne l'opposition que le mari peut faire par la déclaration aux tiers intéressés qu'il ne répond plus des dettes de sa femme, le tribunal devra désormais l'y autoriser préalablement de même que la femme ne peut demander la séparation de biens que judiciairement. Mais de tels recours, fréquents en pratique, cherchent à garantir le patrimoine de l'époux demandeur contre d'éventuelles poursuites des créanciers de la femme. S'ils peuvent permettre de protéger indirectement la situation financière de la famille, ils n'ont pas pour but de demander au juge de se prononcer sur l'opportunité du travail de la femme.

§ 3. — LES GAINS PROFESSIONNELS DE LA FEMME MARIÉE (31)

114. — Bien que le régime juridique des gains professionnels de la femme relève de l'étude des rapports patrimoniaux des époux, il nous faut l'évoquer ici car le salaire est étroitement lié à l'activité professionnelle, et la liberté de la femme mariée est dépendante du régime juridique de ses gains.

Sous cet aspect, le seul problème essentiel qui se pose est celui de savoir quels pouvoirs la femme possède sur les fruits de son travail.

Très tôt et même sous l'empire de l'incapacité de la femme mariée, il est apparu choquant que celle-ci ne puisse disposer librement de ses gains. Le droit au travail a pour corollaire la liberté de jouir de ses fruits. En ce sens on peut dire que le travail des femmes a bouleversé le régime traditionnel des biens en modifiant les pouvoirs des époux.

On sait qu'en droit français, cette matière est celle des premières interventions législatives d'inspiration féministe : la loi du 13 juillet 1907, mal appliquée d'ailleurs, puis celle du 22 septembre 1942 ont retiré au mari, administrateur des biens communs, tout pouvoir sur les biens réservés de la femme, ce qui a pour effet de détruire l'harmonie du régime matrimonial de communauté (32).

(31) G. HAUGER, La femme dans l'économie moderne, Rapport au 55^e Congrès des Notaires de France, Vichy, 1958.

(32) CARBONNIER, Droit civil, coll. Thémis, T. I, p. 375. Le statut juridique de la femme mariée, 52^e Congrès des Notaires de France, 1953.

En droit allemand, le même problème se posait avant la loi du 18 juin 1957. Cependant le BGB connaissait déjà la catégorie des biens réservés (*Vorbehaltsgut*) qui sous le régime légal était exclue de l'administration du mari. Cette notion de biens réservés était différente de la nôtre : les biens réservés (§§ 1365-1371) représentaient une catégorie plus large, dont les gains professionnels faisaient partie (§ 1367). Ils relevaient de la libre administration de la femme. Désormais, les gains professionnels de la femme ne sont qu'une partie de ses biens personnels, chaque époux demeurant sous le régime légal actuel, libre d'administrer son patrimoine.

Dans les régimes séparatistes le problème ne se pose plus de soumettre les gains et salaires de la femme à un régime spécial pour garantir sa liberté. La question se pose seulement d'organiser la participation de la femme aux charges communes.

§ 4. — CONCLUSION

115. — Il apparaît en définitive que l'application du principe d'égalité et la liberté professionnelle de la femme mariée qui en découle, n'ont pas modifié profondément les règles légales du droit de la famille.

Si le travail extérieur de la femme a, petit à petit, transformé la structure traditionnelle de la famille en bouleversant la nature des rapports personnels des époux et des fonctions qu'ils remplissent au sein du ménage, le droit ne semble pas encore avoir enregistré cette révolution dans son ensemble. La loi allemande reste au-delà du principe d'égalité fidèle à l'image traditionnelle de la femme, épouse et mère, dont le premier devoir est de se consacrer au foyer et d'exécuter en nature par son travail intérieur sa contribution aux charges du ménage. Le travail de la femme reste une activité subsidiaire et conditionnée, qu'il s'agisse de l'exercice d'un droit ou de l'exécution d'une obligation.

La persistance d'une vision traditionnelle du ménage, même si les faits la contredisent, peut s'expliquer par le fait que la famille est restée pour ses défenseurs un lieu sacré. Il s'ensuit que, si changer la situation professionnelle de la femme se conçoit relativement aisément car la profession est un terrain laïque, changer sa condition à l'intérieur de la famille fait apparemment trembler les bases mêmes de la société.

Si le législateur allemand a devancé le législateur français, il n'a pas voulu faire œuvre révolutionnaire et contrairement aux réformes des pays socialistes, il a largement tenu compte des mœurs et de la traditionnelle image germanique de la « Hausfrau ». Nous vivons en France comme en Allemagne une époque de transition : la famille n'a pas encore trouvé son nouvel équilibre parce que l'évolution n'est pas encore perçue de façon suffisamment consciente pour avoir détruit les images traditionnelles. C'est pourquoi les textes légaux reflètent encore des conceptions qui sont parfois et de plus en plus éloignées des comportements réels.

Cependant cette concession apparente à la tradition ne doit pas masquer l'évolution profonde qui est amorcée. Le caractère très général des dispositions de la Loi allemande joint à l'application effective de la liberté professionnelle de la femme, laisse une très grande marge de liberté aux époux et ménage l'évolution en permettant de rejeter des institutions l'image d'une famille centrée sur l'autorité du mari et sur la dépendance et la passivité de la femme.

Il n'y aurait à nos yeux aucun inconvénient à ce que le législateur français s'inspirât de l'expérience allemande qui démontre qu'il est tout à fait possible d'harmoniser le principe d'égalité aux nécessités familiales sans pour autant détruire la famille.

En réalité le principe même du travail féminin n'est plus en cause, mais ses conditions et sa continuité posent toujours de sérieuses questions. Mais le juriste doit céder la place au sociologue et à l'économiste pour en trouver les solutions. S'il est désormais insensé de confiner les femmes hors du monde commun, cela l'est aussi de les y intégrer de force dans les mêmes conditions que les hommes. En réclamant l'égalité par une similitude absolue, d'ailleurs impossible, les courants féministes ont nié l'évidence des charges inéluctables de la maternité. L'idéal des pays socialistes, celui de « la travailleuse idéale » de la « femme-travailleur-égale-à-l'homme » nous paraît tout aussi insensé que celui de la « femme au foyer ».

Le travail féminin pose des problèmes particuliers parce qu'il crée un conflit qui commence à la maternité et finit avec elle; conflit sérieux mais limité (33).

Les vraies solutions à ce conflit d'ordre social plus que juridique jailliront du contexte économique et social à plus ou moins brève échéance. Elles devraient consister en une intégration au monde du travail, qui tirera parti de la discontinuité de la vie de la femme et qui, en refusant d'y voir une ambiguïté, tendra à éviter cette surcharge souvent inhumaine que les conditions actuelles de travail imposent à la plupart des femmes.

(33) Il ressort de l'étude de M^{me} CHOMBART DE LAUWE que l'opinion publique française admet que la femme célibataire doit travailler, que la femme mariée sans enfant peut travailler mais que la femme mariée avec des enfants en bas âge ne devrait pas travailler. Cependant cette opinion se diversifie selon que l'on interroge des hommes (qui semblent proportionnellement moins favorables au travail de la femme) ou des femmes, selon la catégorie sociale interrogée et également selon le genre de travail accompli par la femme (par ex. les milieux ouvriers, sont nettement opposés au travail de la femme), non parce qu'il s'agit d'une persistance de l'image patriarcale de la famille dans ces milieux mais parce que les conditions de travail en usine sont écrasantes pour les femmes et qu'on estime qu'elles n'y ont pas leur place; pour ces femmes la véritable libération serait de pouvoir ne pas travailler).

Le conflit est donc ressenti de façon sensiblement différente.

Revue internationale des Sciences sociales, *op. cit.*

A. GIRARD, Travail féminin et participation sociale, *Esprit*, mai 1961, p. 917.

Le budget-temps de la femme mariée dans les agglomérations urbaines, *Population*, 1958, n° 4.

Le budget-temps de la femme mariée à la campagne, *Population*, 1959, n° 2.

CHAPITRE IV

La gestion du ménage et le pouvoir domestique

116. — Toute communauté qui se crée en vue de la réalisation d'un but commun, établit inévitablement une certaine distribution des tâches entre ses membres et attribue à chacun une part de responsabilité. La société conjugale n'échappe pas à cette loi. En règle générale, la plupart des civilisations admettaient et admettent encore qu'il appartient à la femme de s'occuper des soins matériels du ménage et au mari d'acquérir les biens nécessaires à son entretien. Dans une conception patriarcale de la famille, fondée sur la prééminence du mari, la femme était volontiers considérée comme sa servante, à qui il pouvait donner des ordres.

Cette traditionnelle répartition des fonctions dans le ménage n'a pas donné lieu, en France, à des analyses juridiques doctrinales très approfondies. On estime à juste titre qu'il s'agit là d'une question de mœurs et que les conflits qui peuvent naître en ce domaine restent des conflits intérieurs à la famille sur lesquels l'autorité publique n'exerce pas son contrôle; pourtant un contrôle *a posteriori* est toujours possible lorsque, dans un procès de divorce, le mari invoque à titre d'injure grave le fait que sa femme délaisse le ménage.

La doctrine, la jurisprudence et le législateur allemands se sont, en revanche, penchés avec plus d'attention sur ce problème; un peu dans le vide il faut l'avouer, car il s'agit à peine d'une question de droit.

Néanmoins la loi allemande institutionnalisait en quelque sorte ce que l'on considérait comme la « natürliche Funktionsteilung zwischen Mann und Frau » en disposant dans le § 1356 BGB que « la femme, sous réserve de la disposition du § 1354, a le droit et est tenue de diriger le ménage (das gemeinschaftliche Hauswesen) ». L'entretien du ménage, c'est-à-dire les travaux domestiques, qu'ils soient accomplis par la

femme elle-même ou sous ses ordres, apparaissaient dans ce texte à la fois comme un droit et comme un devoir de la femme. Ainsi l'idée de séparation des fonctions au sein du ménage était nettement affirmée et consacrée par la loi. Mais le mari semblait garder un droit de contrôle, sinon un pouvoir d'ordre, puisque le § 1356 BGB réserve expressément les droits que le mari tenaient du § 1354 BGB. Ce droit de contrôle provenait à la fois des pouvoirs personnels et unilatéraux du mari et également de la dépendance matérielle de la femme qui à l'égard des tiers restait la représentante du mari.

L'application du principe d'égalité allait-elle bouleverser « cet ordre naturel », il vaudrait mieux dire « coutumier ». C'est ce que nous allons examiner en envisageant d'abord l'idée de séparation des fonctions et ensuite le problème de la situation personnelle de la femme c'est -à-dire de son indépendance à l'égard du mari, pour examiner enfin comment cette situation de la femme s'exprime juridiquement dans le pouvoir domestique.

Section I

LA SÉPARATION DES FONCTIONS DANS LE MÉNAGE

117. — En règle générale les droits occidentaux ne se préoccupent guère de réglementer les compétences au sein du ménage et laissent aux coutumes, aux mœurs et aux époux eux-mêmes le soin de les déterminer. Mais on a de tout temps admis qu'il appartenait à la femme d'accomplir les travaux domestiques ou du moins d'en diriger l'exécution. Cependant si ce principe a toujours été reconnu et accepté, son application a varié et varie selon les époques, les régions, les classes sociales, le niveau de vie et les aspirations personnelles propres à chaque individu. Du point de vue social, la situation personnelle de la femme et la valeur accordée à son rôle de « maîtresse de maison » ont évolué entre deux images extrêmes : la femme y est soit plus ou moins méprisée comme accomplissant des tâches inférieures non créatrices, soit exaltée comme étant l'âme du foyer.

S'il n'est pas opportun de nous étendre ici sur une question qui intéresse plus le sociologue que le juriste il importe cependant de considérer qu'à notre époque ni la loi ni les mœurs n'ont retiré à la femme qui exerce un métier sa fonction de ménagère, encore que le travail professionnel de la femme oblige en fait les époux à collaborer plus étroitement à l'accomplissement des soins du ménage (1). Il y a là une permanence de la répartition des tâches au sein du foyer malgré l'évolution des idées et la tendance à reconnaître à la femme des fonctions semblables à celles de l'homme. Il semble d'ailleurs, d'après les

(1) W. MÜLLER, *Freienfels, Ehe und Recht*, p. 104.

enquêtes effectuées (2) que, sauf si elles travaillent, ce sont les femmes elles-mêmes qui refusent de voir l'homme collaborer aux travaux ménagers, comme si elles craignaient une immixtion dans un domaine qui leur est propre. Il est certain que le désir est ressenti de voir maintenir non une hiérarchie mais une différenciation des rôles.

Il faut remarquer également que, si le principe ne semble pas mis en cause, l'importance des travaux ménagers a considérablement changé depuis cinquante ans : d'une part parce que le rôle producteur de la famille a disparu, sauf dans les familles rurales, et que la famille est devenue un centre de consommation de biens fabriqués ailleurs, d'autre part parce que le progrès technique appliqué au développement du confort et joint à l'exiguïté des logements a considérablement libéré l'énergie féminine des tâches ménagères.

118. — D'un point de vue juridique, si la loi française reste muette sur les fonctions que la femme doit remplir, la loi allemande, nous l'avons vu précédemment, les envisage très directement, le « *Haushaltführung* » étant pour la femme une obligation. Cette différence dans la réglementation tient, bien sûr, à l'esprit casuistique et au respect porté par les juristes allemands à la règle en elle-même; mais elle tient aussi à des considérations psychologiques : l'exécution des travaux domestiques est pour la française une tâche normale de la vie quotidienne, tandis que pour l'allemande c'est une fierté que la règle de droit tend à renforcer (3). La réforme de 1957, en modifiant le § 1356 alinéa I BGB a contribué à réaffirmer dans une certaine mesure cette idée de séparation des fonctions, en même temps qu'elle cherchait à valoriser le travail domestique de la femme (4). C'est sur ce point nous semble-t-il que l'expérience allemande se distingue nettement des réformes appliquées dans les pays socialistes : ceux-ci ont cherché d'abord à libérer la femme de la servitude des travaux domestiques non seulement parce qu'ils l'entretenaient en fait dans une situation d'infériorité mais surtout parce qu'ils empêchaient la femme de consacrer son énergie et ses capacités à la production de biens utiles à la société. La réforme allemande se caractérise au contraire par le très grand respect des traditionnelles fonctions de la femme sans pour cela les considérer comme des fonctions inférieures ou inutiles.

Il semble que le maintien du § 1356, et l'insistance des auteurs et tribunaux allemands à affirmer la nécessaire séparation des fonctions et à définir le rôle de la femme, procèdent plutôt de la crainte que l'idée d'égalité des époux n'entraîne une révolution sociale en modifiant

(2) M.J. CHOMBART DE LAUWE, *op. cit.*

(3) Sur ce débat, on peut voir un curieux arrêt de la Cour de Bavière (BayOBLG) du 14 mars 1963, FamRZ 1963.297, qui a jugé que les fonctions de Hausfrau, faisaient partie de l'état de la femme mariée et que ce qualificatif pouvait dès lors figurer dans les actes officiels tels que carte d'identité, passeport, etc.

(4) En ce sens, l'article 102, alinéa 2 de la Constitution du Land Bade-Württemberg « le travail domestique de la femme consacré à la famille est tenu pour équivalent au travail professionnel ».

la traditionnelle fonction de la femme — on valorise cette fonction pour mieux la maintenir — le dicton germanique qui veut que la femme se limite à « kirche, küche, kinder » commence à peine, nous a-t-il semblé, à être contesté dans les mœurs (5). Ceci nous montre la coexistence des tendances conservatrices, que manifeste la crainte de bouleverser l'ordre établi (d'où l'obligation imposée à la femme) avec des tendances réformistes.

119. — Le § 1356 alinéa I BGB dispose désormais que « la femme dirige le ménage sous sa propre responsabilité » (*Die Frau führt den Haushalt in eigener Verantwortung*). Comme autrefois, la femme doit s'y consacrer. La doctrine allemande estime que la femme est débitrice envers la famille et le mari d'une obligation de faire; cela signifie qu'elle doit accomplir tout ce qui est nécessaire pour garantir la vie quotidienne du ménage. Quant aux activités que cette obligation générale recouvre, elles sont multiples et variées et la doctrine s'est livrée à leur égard, suivant ainsi la tradition casuistique, à de subtiles analyses afin de déterminer les actes qui entrent dans la notion de « *Haushaltsführung* » et ceux qui n'en relèvent pas (6). Ces analyses nous sembleraient vaines si elles n'avaient en droit allemand aucune conséquence. Mais la jurisprudence a admis que le mari pouvait sur la base du § 845 BGB réclamer une indemnité lorsque la femme se trouve dans l'impossibilité de remplir son obligation du fait d'un accident causé par un tiers (7). Or, pour le calcul de la réparation du préjudice subi, il est nécessaire de savoir quel est le contenu de cette obligation imposée à la femme (8).

Mais contrairement aux dispositions concernant les prérogatives du chef de famille, cette répartition légale des fonctions entre le mari et la femme n'est naturellement pas d'ordre public. La loi a seulement voulu fixer un cadre qui corresponde en fait aux comportements sociaux, mais elle laisse les époux tout à fait libres d'organiser différemment l'exécution des tâches nécessaires à la vie de la famille. Telle semblait être l'intention du représentant du gouvernement lorsqu'il exposait à la sous-commission pour le droit de la famille le projet gouvernemental et affirmait que « une seule loi ne peut ni ne doit atteindre tous les ménages; son intention est bien plus d'établir une ligne, une image directrice (*Leitbild*) de la répartition des tâches dans la famille ». Dans la mesure où la femme travaille, il n'est pas rare de voir le mari collaborer aux travaux domestiques. Cette collaboration, la loi allemande l'impose même dans certains cas que nous serons amenés à examiner par la suite.

L'idée de séparation des fonctions, qui reste vécue, se trouve en

(5) Il s'agit là d'une vieille tradition germanique « *Hausehre liegt am Weibe und nicht am Manne* » disait un dicton.

(6) H. KRÜGER, *op. cit.*, § 1356. G. SCHEFFLER, *op. cit.*

(7) BGH, 10 mars 1959, FamRZ 1959, p. 203.

(8) EISSER, Zur Anwendung der §§ 843-845 BGB bei Verletzung oder Tötung der nichtberufstätigen Ehefrau, FamRZ 1951, 49.

quelque sorte confirmée et le travail ménager de la femme valorisé par la rédaction nouvelle du § 1360 BGB, lequel déclare que le « Führung des Haushaltes » est équivalent, du point de vue de la contribution aux charges du ménage, au travail extérieur du mari et à l'apport de son salaire. La femme est tenue de veiller à la gestion interne du foyer, non comme servante du mari, mais parce qu'elle est, comme lui, obligée de participer à l'entretien du ménage. Si le mari en assume principalement la charge financière, la femme de son côté doit en assurer l'exécution matérielle.

Mais à l'intérieur de ce domaine, dans le « häusliche Wirkungsbereich » la femme est libre et n'est soumise à aucune autorité.

Section II

L'INDÉPENDANCE DE LA FEMME

§ 1. — LE PRINCIPE

120. — Les auteurs de la réforme allemande, en confirmant l'importance de l'idée de séparation des fonctions dans le ménage, ont pensé qu'il était nécessaire de consacrer aussi l'autorité qui naît inévitablement de l'accomplissement de certaines fonctions, et pour cela d'accorder une pleine indépendance à la femme dans l'exercice de ces mêmes fonctions. Si les décisions importantes doivent être prises en commun, le mari ne doit pas intervenir dans le « häusliche Wirkungsbereich der Ehefrau », et ceci d'autant plus que son pouvoir de décision résultant du § 1354 a disparu. Il y aurait de la part du mari une sorte d'abus de compétence. D'ailleurs la rédaction nouvelle du § 1356 exprime clairement cette volonté du législateur allemand d'accorder à la femme une indépendance réelle au sein même de la famille : « la femme dirige le ménage sous sa propre responsabilité ». Cette disposition est intéressante, moins par sa portée juridique que par la conception sociale qu'elle sous-entend et par l'idée que se fait le législateur de la situation personnelle de la femme dans la famille. Les auteurs de la réforme allemande ont à juste titre pensé qu'il ne suffisait pas d'assurer la liberté extérieure de la femme en garantissant sa liberté professionnelle, mais qu'il fallait aussi lui réserver une autonomie au sein même du ménage en lui confiant des fonctions dont elle porte seule la responsabilité. C'est la raison pour laquelle ce problème, malgré son absence de conséquence juridique grave, a été si souvent évoqué lors de la discussion de la loi d'égalité. Les motifs invoqués à l'appui de cette position furent divers ; ils démontrent le caractère assez doctrinal et théorique de la mise en œuvre du principe d'égalité entre époux, telle qu'elle fut conçue en Allemagne. Il s'agissait d'une part de bien montrer que la femme ne remplit pas cette fonction en repré-

sensation du mari, mais à titre de collaboration personnelle aux charges du ménage. D'autre part les auteurs de la réforme ont voulu accorder à la femme une indépendance dans l'exercice de ses fonctions afin d'établir un contrepoids au pouvoir de décision à l'égard des enfants que la loi d'égalité réservait au mari, en cas de désaccord. Cet argument nous paraît d'autant plus étrange que, de l'avis unanime de la doctrine, le « *Haushaltführung* » comprend les soins à apporter aux enfants. Mais on se demande parfois si les rédacteurs de la loi d'égalité n'ont pas traité les époux comme on traite souvent les enfants : il ne fallait pas faire de jaloux. Le législateur allemand n'est-il pas là aussi, sorti du domaine de la loi, à qui il n'appartient pas de régler l'existence quotidienne des époux ?

121. — Il faut croire que cette disposition du § 1356 BGB n'est pas totalement inutile cependant, puisqu'une jurisprudence, peu abondante il est vrai, existe néanmoins sur le problème de la situation personnelle de la femme au sein du foyer. Mais les tribunaux avaient-ils besoin d'un texte ? La loi d'égalité semble avoir fait siens les motifs d'un arrêt rendu, en la matière, par la Cour fédérale le 2 novembre 1955 (9) : il s'agissait d'un ménage de personnes âgées dont la femme s'absentait fréquemment pour rendre visite à ses enfants. En son absence, le mari avait engagé une domestique. A son retour, la femme a exigé le renvoi de celle-ci et s'est heurtée au refus de son mari. Elle a alors attaqué le mari et la domestique en justice. Le tribunal de première instance et la cour d'appel l'ont déboutée, mais la Cour fédérale cassa l'arrêt de la cour d'appel. Les motifs de la Cour valent d'être cités : « La conduite du ménage constitue vraiment la sphère naturelle d'activité de la femme... La femme peut exiger que ses droits et sa dignité soient respectés dès que le préjudice qu'elle subit l'atteint de façon si considérable qu'une coexistence avec un tiers lui est insupportable; l'appréciation de ce dernier élément dépend uniquement des circonstances de chaque cas. Mais il en est ainsi lorsque le mari engage contre la volonté de sa femme et accueille dans l'appartement, une domestique qui, par son attitude, ne respecte pas la dignité de la femme dans l'accomplissement de ses fonctions et notamment lorsque le mari, même en l'absence de toute relation sexuelle, protège cette domestique contre sa femme. Cette dernière peut alors à bon droit exiger le renvoi immédiat et interdire tant au mari qu'à la domestique l'accès de celle-ci au domicile des époux ».

En ce domaine également il s'agit, aux yeux de la Cour fédérale, du respect des droits de la femme, de la protection juridique de sa dignité (10). De même un arrêt de la Cour d'appel de Nuremberg (11)

(9) BGH, FamRZ 1956, p. 50.

(10) G. EISSER, *Die Anerkennung der Persönlichkeit der Ehefrau*, FamRZ 1959, 177.

(11) OLG Nürnberg, 1^{er} septembre 1959, FamRZ 1960, p. 64 (Dans cette affaire d'autres éléments importants, notamment un conflit de religion, ajoutaient à la destruction des rapports conjugaux).

a jugé qu'un contrôle du mari sur la conduite du ménage (il s'agissait d'une constante vérification des comptes du ménage) constituait une injure grave (*schwere Eheverfehlung*) de nature à justifier le divorce. De même ce droit « *auf eigene Haushaltsführung* » permet à la femme de refuser valablement d'être utilisée comme aide domestique par sa belle-mère dans l'exploitation agricole (12).

Il n'est pas étonnant que la doctrine et la jurisprudence allemandes aient particulièrement insisté sur l'aspect personnel du droit de la femme à gérer le ménage puisque, par ailleurs, la femme qui ne travaille pas reste sous la dépendance matérielle du mari.

Une telle disposition, dont l'intention ne fait aucun doute, reste à notre avis assez théorique car elle repose sur la très difficile distinction entre droits de la personne et possibilité concrète d'exercer ce droit. D'autre part vis-à-vis des tiers, la femme reste la représentante du ménage, mais elle engage le mari personnellement pour les dépenses du ménage. Cette indépendance est peut-être plus morale que réelle, car il est difficile d'éviter que celui qui paye ne contrôle.

§ 2. — IMPORTANCE DE LA QUESTION

122. — La gestion du ménage garde son importance dans la mesure où l'on y voit reconnaître à la femme des droits sinon supérieurs, du moins exclusifs, qui fournissent une certaine contrepartie aux pouvoirs du mari. Celui-ci est mieux placé pour gagner de l'argent, mais cet argent sera pour une grande part dépensé par la femme. Ceci réagit naturellement sur la gestion du budget familial lui-même, pour laquelle il apparaît que, selon les mœurs et les classes sociales, la femme joue un rôle beaucoup plus important que celui que le droit lui réserve théoriquement. Ainsi il ressort des études sociologiques françaises (13) faites en milieu ouvrier, que dans la majorité des cas (77 %), la femme porte la responsabilité de la gestion des biens du ménage et, pour ceux qui ne vivent que de leur salaire, cette question ne semble pas dépasser le cadre du pouvoir domestique.

Or, sur le plan théorique, le rôle prééminent accordé par la loi à la femme dans la gestion du ménage, a servi de justification à certaines dérogations faites par cette même loi au concept strict d'égalité.

Nous avons vu que c'est au nom de la séparation des fonctions les « *Innenverhältnisse* » relevant de l'autorité de la femme, les « *Außenverhältnisse* » de celle du mari, que le nom de ce dernier fut conservé comme nom du ménage par la jurisprudence allemande.

Également, l'exercice de la puissance paternelle par le seul père,

(12) OLG Schleswig, 24 septembre 1954, FamRZ 1955.104. Voir également Douai, 26 mars 1901, D. 1902.2.188 et S. 1902.2.309, la femme peut-être déliée de son obligation de cohabitation si son mari la réduit au rôle de subalterne de sa propre mère.

(13) FOUCEYROLLAS, Prédominance du mari ou de la femme dans le ménage, Population, 1951, p. 83 et suiv. (enquête effectuée auprès de 300 ménages de la banlieue parisienne).

ainsi que son droit de décision en cas de conflit (*Stichentscheid*) à l'égard des enfants, trouvaient leur justification dans les pouvoirs reconnus en contrepartie à la femme dans la gestion du ménage (14).

Dans un autre domaine, la séparation traditionnelle des fonctions au sein du ménage, notamment dans le monde rural, fut le fondement invoqué par la jurisprudence allemande pour le maintien d'une règle successorale spéciale, accordant un privilège aux héritiers masculins dans la succession à une exploitation agricole (art. 6 *Höfe O.*). Le rôle traditionnel de la femme dans la paysannerie, vouée « par nature et par tradition » à la « *Innenwirtschaft* », justifia aux yeux des Tribunaux cette différenciation des sexes et par conséquent la constitutionnalité de cette disposition contraire au principe d'égalité. Cette jurisprudence ne manqua pas d'être vivement critiquée puis réformée pour les motifs que nous avons précédemment exposés (15).

D'ailleurs, la situation et la responsabilité de la femme dans le ménage ont toujours été plus ou moins reconnues et, d'autant plus facilement acceptées par les hommes, qu'ils considéraient volontiers les tâches domestiques avec le mépris ou l'indifférence accordés aux travaux non productifs et non créateurs. Cette indifférence tend de nos jours à disparaître dans la mesure où l'entretien du foyer n'est plus regardé comme l'activité « naturelle » dans laquelle les femmes devaient se confiner, mais comme une charge dont la responsabilité est de plus en plus portée en commun, ce qui, nous allons le voir, ne manque pas d'avoir de sérieuses conséquences sur l'organisation technique du pouvoir domestique.

On peut néanmoins rester sceptique quant à l'opportunité d'imposer une règle juridique consacrant le droit moral de la femme de gérer le ménage, puisque l'on constate que dans la réalité, cette question se règle par accord tacite des époux. Mais elle demeure intéressante comme fondement du pouvoir domestique en tant que pouvoir propre.

Section III

LE POUVOIR DOMESTIQUE

§ 1. — FONDEMENT ET NATURE JURIDIQUE

123. — La séparation traditionnelle des fonctions au sein du ménage, et le rôle que la femme était censée y jouer avait pour conséquence de lui accorder le pouvoir de faire tous les actes juridiques corrélatifs aux soins du ménage et pour cela d'engager le mari et

(14) BOSCH, *Grundsatzfragen des Gleichberechtigungsgesetzes vor dem Bundesverfassungsgericht*, FamRZ 1959, p. 265.

(15) Cf. *Supra*, p. 42.

la communauté. Ce pouvoir, qui existait quel que soit le régime matrimonial des époux, portait en droit allemand le nom suggestif de « pouvoir des clefs » ou « Schlüsselgewalt ». En droit français le « pouvoir domestique » d'origine coutumière et jurisprudentielle fut légalement consacré par la loi du 22 septembre 1942 et l'article 220 nouveau du Code civil. Apparemment semblables ces deux notions française et allemande procédaient cependant de fondements très différents.

En droit français, on admit à l'origine que, dans l'exercice de ce pouvoir, la femme agissait comme mandataire du mari (1); la femme étant incapable, il fallait justifier qu'elle puisse agir valablement sans autorisation maritale. La jurisprudence supposait la volonté tacite du mari et invoquait l'idée de mandat, là où il n'y avait en réalité qu'une conséquence obligatoire du mariage.

Cette notion du mandat tacite née avec la renaissance du droit romain et appelée pour légitimer et fonder le pouvoir domestique de la femme (16), était suffisamment forte et convaincante pour être reprise par la loi de 1942. Si le terme même de mandat n'est pas expressément repris, la notion de représentation demeure : bien que la femme soit désormais capable, elle reste la représentante du mari parce qu'elle l'engage personnellement; comme représentante légale, le pouvoir et le droit corrélatif qui s'ensuit d'engager le mari pour les besoins du ménage est peut-être un pouvoir propre personnel à la femme, mais il est aussi un pouvoir révocable par le mari dans certaines conditions; sa durée sinon son existence demeure soumise à la volonté de ce dernier.

Cette idée de mandat ou plutôt de représentation du mari par la femme consacre et met en relief l'inégalité des époux et la supériorité du mari, car théoriquement et techniquement il s'agit d'une « concession du mari ». Elle va à l'encontre de l'idée de « pouvoir propre » de la femme et de son autonomie au sein du ménage, souvent très grande en fait, et dont la réglementation technique du pouvoir domestique est bien obligée de tenir compte; cette notion en outre nie le fait que la femme est d'abord la représentante du ménage avant d'être celle du mari (17).

(16) Au XIII^e siècle pourtant, il n'apparaît nulle part l'idée de faire de l'épouse une simple préposée du mari pour les contrats relatifs à la vie ménagère. Au contraire, la femme agissait en vertu d'un pouvoir propre conformément à sa qualité d'associée.

LEFEBVRE, *Le droit des gens mariés*, Paris, 1908.

BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvaisis*, éd. Beugnot, t. I, XXI, 2.

Sur l'histoire, voir J. BOUTARD, *Les pouvoirs ménagers de la femme mariée*, thèse, Caen 1947, p. 305.

(17) L'idée de mandat fut critiquée. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, p. 2545. BONNECASE, *Supplément au traité de BAUDRY LACANTINERIE*, t. IV, p. 384-555. Si la jurisprudence française s'est souvent inspirée de l'idée de pouvoir propre de la femme, elle ne semble pas en avoir posé clairement le principe.

Civ. 10 juillet 1889, D.P. 1891.1.153, Civ. 1^{er} juin 1929, D.P. 1931.1.79, G.P. 1929. 2.381, T. Civ., Seine 11 juillet 1922, D. 1924.2.105, note NAST.

124. — Le droit allemand au contraire, malgré des ressemblances techniques avec le droit français, reconnaissait au pouvoir domestique de la femme une nature juridique différente.

Le Schlüsselgewalt est d'abord un pouvoir propre de la femme qui constitue pour elle le moyen technique de remplir son obligation de « Haushaltsführung ». Bien que sous l'influence du droit romain le BGB ait fait une place à l'idée de mandat, la notion allemande de Schlüsselgewalt donne à la femme une autonomie personnelle qui est la contrepartie des prérogatives maritales dans d'autres domaines et rétablit ainsi une certaine égalité entre les époux. Et, ce qui nous apparaît encore plus important, la notion allemande de Schlüsselgewalt attribuée à la femme la fonction de représenter le ménage et non plus le seul mari. Et c'est parce qu'elle représente le ménage qu'elle engage le mari, lequel est tenu de pourvoir à son entretien. Telle était l'idée exprimée par Gierke : la femme est « Repräsentantin des Ehepaars » (18).

Telle était bien la conviction de G. Boehmer lorsque, critiquant la notion de mandat comme fondement du pouvoir de la femme, il déplorait que le BGB ait oublié que « selon son origine allemande le pouvoir domestique ne repose pas sur une habilitation présumée ou tacite ou sur un mandat du mari, mais bien sur un droit original et personnel de la femme de représenter la communauté conjugale » (19).

Il en est également ainsi en droit suisse plus proche des traditions coutumières que le BGB. C'est en tant que « représentante de la communauté conjugale » que la femme peut engager le mari (art. 162 CCS).

Cependant l'idée de mandat bien qu'importée de l'étranger n'était pas absente du BGB et permettait de justifier le droit de révocation du mari (20).

La contradiction qui existait entre l'idée profonde de représentation du ménage, conforme à la pensée juridique allemande et la rédaction du § 1357 BGB qui faisait appel à la notion de mandat tacite fut maintes fois relevée par les auteurs. Et ceux-ci, tel Boehmer, espéraient une réforme de cette disposition. Mitteis alla même jusqu'à affirmer que « si on ne prévoyait pas de modifier le Schlüsselgewalt dans le sens d'un pouvoir organique d'action pour la communauté conjugale et de représentation de celle-ci ou au moins dans le sens d'un engagement partiel de la femme, mieux valait le laisser tomber tout à fait... » (21).

(18) Otto VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, 1887, p. 373, 382.

(19) G. BOEHMER, *Einige kritische Gedanken zum Gleichberechtigungsgesetz*, *Festschrift für Justus Wilhelm HEDEMANN*, 1958, t. I, p. 33 et suiv.

Cette notion de mandat a coexisté : LANGE affirmait qu'il faut présumer que le mari a remis à la femme le soin des travaux domestiques.

Rechtslehre der Gemeinschaft der Güter, 1776 p. 167.

(21) SJZ 1950, 243.

A ce double titre, en tant que pouvoir propre et comme mandat, le Schlüsselgewalt n'a pas échappé à l'examen critique des réformateurs allemands de 1958.

Nous allons voir comment le nouveau fondement du droit familial, à savoir l'égalité des époux, devrait restituer à ce pouvoir sa véritable nature et ses vraies fonctions.

§ 2. — L'ÉGALITÉ DES ÉPOUX ET LE POUVOIR DOMESTIQUE (22)

125. — L'exacte parité des sexes devait, aux yeux de la majorité des auteurs et d'une grande partie de la jurisprudence, conduire obligatoirement à une modification du § 1357 BGB. Celui-ci stipulait que « la femme a le droit, en ce qui concerne ses activités domestiques, d'agir au nom du mari et de le représenter » — cette disposition fut jugée contraire à l'égalité des époux, car elle consacrait en faveur de la femme un « privilège » (Vorrecht) sans correspondant en faveur du mari (23) —. « La manière dont on a traité le Schlüsselgewalt, après l'entrée en vigueur du principe d'égalité, est un exemple probant d'une « égalisation (Angleichung) mécanique » (24). La doctrine allemande ne voyait dans le § 1357 que le droit exclusif de la femme de représenter le mari; l'absence d'un droit similaire du mari accordait donc à la femme une position prépondérante (Bevorzugung) laquelle était incompatible avec le principe d'égalité des sexes (25).

Une réforme parut donc s'imposer : il n'était pas question de supprimer purement et simplement le Schlüsselgewalt, qui avait aussi pour but de donner aux tiers contractants une garantie appréciable. Pareille abrogation aurait par ailleurs conduit à un retour au système du mandat, afin de libérer partiellement ou totalement la femme des dettes du ménage qu'elle aurait faites.

(22) V. sur ce point l'étude de M. MÜLLER-FREIENFELS, « Zur heutigen Schlüsselgewalt » in Festschrift für Heinrich LEHMANN Zum 80 Geburtstag 1956, t. I, p. 388 et suiv.

Nous ne traiterons du pouvoir domestique que dans la mesure où son ordonnement général se trouve affecté par le principe d'égalité des époux. Nous laisserons de côté, malgré leur intérêt ou importance, toutes les questions qui se rattachent à la notion de pouvoir domestique et qui demeurent inchangées, notamment la notion de « besoin du ménage » qui détermine l'étendue de ce pouvoir, ses conditions d'existence et d'exercice.

(23) V. H. DÖLLE, Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Familienrecht, JZ 1953, p. 353 et suiv.

HAGEMeyer, Das Familienrecht seit dem 1^{er} April 1953, NJW 1953.601.

ARNOLD, Angewandte Gleichberechtigung 1954, § 1357;

LG Lüneburg, 9 juillet 1953, NJW 1953.1351;

LG Hamburg, 20 mai 1954, MDR 1955, 230, n^o 214;

OLG Schleswig, 8 octobre 1953, NJW 1954, 155;

OLG Celle, 17 octobre 1953, NJW 1954, 156.

(24) LANGE, in Festgabe für Kraft, 1955, p. 101.

(25) A. PETERSEIM, Schlüsselgewalt und Gleichberechtigung, FamRZ 1956, 169.

A. — ENTRE ÉPOUX

126. — L'organisation juridique du pouvoir domestique de la femme mariée dépend de la solution apportée aux deux éléments qui en conditionnent l'existence, à savoir, la répartition des tâches au sein du ménage et l'obligation d'entretien à la charge de chaque époux.

En ce qui concerne le premier, il est évident, nous l'avons vu précédemment, que le droit ne peut prétendre le régir totalement, et que cette répartition des tâches familiales doit être laissée à la liberté des époux. Cependant, comme il est socialement admis qu'il appartient d'abord à la femme de veiller aux soins domestiques, il était tout naturel qu'elle fût le seul titulaire du pouvoir domestique. Le mari était le seul débiteur, qu'il s'agisse d'un acte accompli par la femme en vertu de ce pouvoir ou d'un acte accompli par le mari pour les besoins du ménage. Le mari était le seul engagé parce qu'il était seul débiteur de l'obligation d'entretien du ménage. Cette obligation qui pesait théoriquement du moins sur le seul mari, avait pour conséquence d'exonérer la femme des dettes contractées par elle pour les besoins du ménage.

Les changements sociologiques d'une part, les modifications apportées à l'obligation d'entretien dans le sens d'une participation de la femme à son exécution d'autre part, les exigences du principe d'égalité enfin, ont conduit la jurisprudence et les auteurs allemands et français à une conception et une réglementation technique nouvelles du *Schlüsselgewalt*.

La traditionnelle séparation des fonctions et la disposition du § 1356 reposaient sur la considération de facteurs sociaux qui furent sujets à évolution. Il est sûr que cette répartition des tâches est moins stricte qu'autrefois et cette souplesse a conduit des auteurs à juger le § 1356 inutile sinon inconstitutionnel (26). Ils estimaient qu'il n'est plus utile de se baser sur l'image du « *Hausfrauenehe* » et qu'il fallait au contraire prendre en considération le fait apparemment nouveau de la participation du mari aux travaux domestiques et, plus encore, aux actes juridiques pour les besoins du ménage, actes qui de par leur nature relèvent théoriquement du domaine du *Schlüsselgewalt*, donc de la compétence de la femme. Si le *Schlüsselgewalt* tendait autrefois à garantir à la femme une sphère d'activité propre, il n'est plus aujourd'hui qu'une conséquence de l'obligation de « *Haushaltsführung* » contenue dans le § 1356 dont il facilite l'exécution. L'organisation du *Schlüsselgewalt* ne doit donc plus dépendre de la question de savoir si l'acte accompli pour les besoins du ménage a été accompli par la femme ou par le mari. Que la commande de charbon ou l'achat d'un frigidaire ait été fait par le mari ou par la femme, cela

(26) H. DÖLLE, *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau in Familienrecht* 1953, p. 353.

ne doit pas avoir d'importance car c'est le plus souvent l'effet du hasard. D'autre part, s'agissant d'un acte familial, de l'achat d'un objet d'usage commun par exemple, il devenait anormal que la femme n'en supporte pas aussi la charge financière.

127. — Dans la mesure où le ménage établit l'union de deux partenaires égaux, également tenus de pourvoir à l'entretien de la famille, le mari n'est plus le seul et unique débiteur des dettes familiales. La femme doit être engagée personnellement chaque fois qu'il s'agit d'un acte à destination familiale, qu'il soit accompli par elle ou par le mari, soit à titre de débiteur solidaire, soit à titre subsidiaire.

Ces considérations ont donc conduit la majorité des auteurs allemands et les Tribunaux à admettre un droit de représentation réciproque, du mari par la femme et de la femme par le mari, chaque fois que l'un des époux agit pour les besoins du ménage (« für den laufender Unterhalt der Familie » ou encore « für die laufenden Bedürfnisse des Haushalts »), la nature objective de l'acte devenant dès lors déterminante. C'est donc une répartition du pouvoir de représentation de la communauté familiale, seule solution conforme à l'égalité des époux, que la doctrine allemande espérait voir réaliser par la réforme du droit de la famille (27).

B. — A L'ÉGARD DES TIERS

128. — Les deux époux devraient en conséquence être également engagés, « Aus Einem Geschäftim Rahmen der Schlüsselgewalt werden heute beide Ehepartner gleichenmassen verpflichtet und berechtigt » soit de façon solidaire, soit par un engagement subsidiaire de la femme (28) ceci devant, en fin de compte, dépendre de la répartition légale de l'obligation d'entretien entre époux qui en constitue le fondement. L'innovation consistait dans cette « Mithafung » de la femme.

Une telle solution s'avérait par ailleurs conforme à celles adoptées par maintes législations étrangères, ce qui, outre les arguments de fond, parlait en faveur de son adoption législative définitive. En effet, les lois familiales scandinaves prévoient un droit de représentation du ménage au profit des deux époux et leur engagement solidaire (29).

(27) V. notamment W. MÜLLER-FREIENFELS, *Zur heutigen Schlüsselgewalt*, *Festschrift für Heinrich LEHMANN*, 1956, p. 394. G. BOEHMER, *op. cit.*

(28) Pour un engagement solidaire (Gesamtschuld DÖLLE, *op. cit.*, p. 357.

BEITZKE, *Familienrecht*, 8^e id., p. 49.

ARNOLD, *op. cit.*, § 1357.

OLG Schleswig, *op. cit.*

LG Hamburg *op. cit.*, LG Oldenburg 25 mai 1956, *FamRZ* 1957, 215.

Pour un engagement subsidiaire de la femme, BOEHMER, *MDR* 1950, p. 389.

(29) Loi suédoise 11.6.1920, chap. 5, § 12; Loi danoise 18.3.1925, chap 1, §11; Loi norvégienne 19.6.1931, chap. 1, § 7 et Loi finnoise 19.6.1929, §§ 47, p. et suiv.

Il en est de même des lois yougoslave, bulgare, polonaise et tchécoslovaque (30).

La Commission de réforme du Code civil avait, elle aussi, posé une solution similaire (31).

L'article 162 du Code civil suisse admettait depuis longtemps l'engagement subsidiaire de la femme pour les dettes contractées par elle pour l'entretien du ménage en sa qualité de représentante de la communauté familiale.

C. — LES SOLUTIONS LÉGALES ET JURISPRUDENTIELLES

129. — La Loi allemande de 1958 est, contrairement à l'opinion de la doctrine et aux premiers projets législatifs, revenue au système antérieur c'est-à-dire au droit unilatéral et non réciproque de la femme de représenter le mari pour les besoins du ménage; elle prévoit l'engagement subsidiaire de la femme en cas d'insolvabilité du mari, solution justifiée par l'étendue de l'obligation d'entretien qu'elle doit désormais assumer. Mais seul le mari reste engagé lorsqu'il a agi lui-même pour les besoins du ménage. Conformément au système antérieur le mari conserve le droit de révoquer ou de limiter le pouvoir de la femme (32).

Ainsi, le droit allemand actuel reste dans son principe en-deçà du droit français, tel qu'il résulte de la jurisprudence élaborée sur la base de l'article 220 Code civil.

130. — En effet, si le texte même de l'article 220 Code civil ne fait aucune place à une éventuelle obligation subsidiaire de la femme en cas d'insolvabilité du mari, la jurisprudence a comblé cette lacune malgré les critiques auxquelles elle s'est de ce fait exposée. C'est en réalité une vue de l'esprit de dire que seul le mari se trouve engagé par les dettes du ménage. A l'égard du tiers créancier il est effectivement, pour un acte déterminé accompli par la femme, seul débiteur; mais ceci s'explique par le fait que le mari, la plupart du temps, centralise les revenus de la femme qui, sous un régime de communauté ou un régime dotal, participe indirectement aux frais occasionnés par l'entretien du ménage. C'est au mari qu'il appartient de payer, mais il peut le faire avec des fonds qui viennent du patrimoine de la

(30) § 21 Loi yougoslave 7.12.1949; § 34 Loi bulgare 5.8.1949; art. 20 Loi polonaise 27.6.1950; § 21 Loi tchécoslovaque 17.12.1949.

(31) Travaux de la C.R.C.C., 1949-1950, p. 22, 29, 98.

(32) § 1357. Die Frau ist berechtigt, innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises die Geschäfte des Mannes für ihn zu besorgen und ihn zu vertreten. Rechtsgeschäfte, die sie innerhalb dieses Wirkungskreises vornimmt, gelten als im Namen des Mannes vorgenommen, wenn nicht aus den Umständen sich ein anderes ergibt.

Der Mann kann das Recht der Frau beschränken oder ausschliessen. Stellt sich die Beschränkung oder die Ausschliessung als Missbrauch des Rechtes des Mannes dar, so kann sie auf Antrag der Frau durch das Vormundschaftsgericht aufgehoben werden.

femme. Il n'y a guère que sous le régime de séparation de biens que l'exonération de la femme apparaît plus injuste, encore que celle-ci étant tenue de remettre au mari sa part contributive, ce dernier reste théoriquement détenteur des fonds affectés aux charges communes.

La femme est par ailleurs, surtout depuis les réformes de 1938 et 1942, également tenue de pourvoir aux besoins du ménage et, en tout état de cause, débitrice envers le mari du devoir de secours (33). Ceci explique que les créanciers du mari puissent exercer leurs poursuites sur les biens réservés de la femme, lorsque la dette est contractée par lui dans l'intérêt du ménage. Et même si elle ne travaille pas, la femme peut se trouver subsidiairement engagée et les tiers créanciers peuvent, par la voie de l'action oblique, se retourner contre la femme lorsque le mari est insolvable.

La jurisprudence française est allée plus loin en décidant que la femme pouvait être solidairement tenue des dettes du ménage. Elle l'a fait le plus souvent pour des époux mariés sous le régime de séparation de biens. Et ce qui est plus étonnant, elle en a décidé ainsi quel que soit celui des deux époux qui a contracté la dette, que celle-ci soit née du chef de la femme ou du chef du mari, pourvu qu'ils aient agi pour les besoins du ménage (34).

Cette jurisprudence défie toutes les règles techniques normalement applicables; elle est contraire à l'idée du mandat domestique qui, selon l'expression de M. Nast, n'est qu'un « subterfuge, un procédé technique artificiel », elle est contraire à l'idée du mari, chef de famille qui, à ce titre, centralise les ressources, fixe le budget et décide des dépenses; enfin elle est contraire au principe qui veut que personne ne puisse, en l'absence de texte, être débiteur en dehors de toute manifestation de volonté.

Mais cette jurisprudence, en accordant aux tiers créanciers le plus souvent ignorants des rapports pécuniaires internes des époux une appréciable garantie, est conforme à l'idée que les époux sont d'abord des associés, tenus de subvenir ensemble aux charges communes. Malgré la séparation des patrimoines, en cas de séparation de biens, la seule existence du ménage crée nécessairement des dépenses communes dont les deux époux doivent assumer la charge. Or, il est impossible pour les tiers de savoir si la femme a déjà contribué aux charges du ménage, ni dans quelle mesure exacte elle y est tenue. L'idée profonde de cette jurisprudence est que toute dette ménagère est une dette de l'association conjugale. « Attendu » dit la Cour de Paris, « que la dette résultant du loyer de l'appartement occupé par

(33) Sur la distinction entre la contribution aux charges et l'obligation alimentaire et ses conséquences, v. note RAYNAUD sous PARIS, 11 décembre 1943, S. 45.2.57.

(34) Req. 3 janvier 1857, S. 57.1.161, note critique.

Req. 31 octobre 1934, D. 35.1.73, note NAST.

Paris 11 décembre 1943, S. 45.2.57, note RAYNAUD.

Paris 8 juillet 1925, D. 26.2.77.

Soc. 27 janvier 1939, D.H. 39.199 affirme au contraire que la femme ne doit pas être engagée puisqu'elle ne fait que représenter le mari et la communauté.

deux époux a été contractée par eux dans l'intérêt du ménage, sans qu'il y ait lieu de rechercher quel est celui des époux qui l'a assumée. En conséquence la femme ne saurait être dispensée de faire face aux obligations contractées de ce chef par *l'association conjugale*, son mari étant insolvable au moment où le paiement est poursuivi. Elle doit être condamnée solidairement avec son mari au paiement de la dette contractée par celui-ci dans l'intérêt commun » (35). La réalité sociale que représente le ménage constitue à l'égard des tiers une unité autonome dont les membres sont unis par un lien de solidarité lequel repose sur l'obligation d'entretien et de secours dont les époux sont réciproquement débiteurs l'un envers l'autre. La femme peut être tenue solidairement avec son mari « attendu qu'il est de jurisprudence que, si le mari n'a pas de ressource, la femme même séparée de biens, doit subvenir à l'entretien de son mari » affirme la Chambre des Requêtes (36).

Ainsi donc l'obligation solidaire et légale qui pèse sur les époux d'entretenir leurs enfants (37) est, par cette jurisprudence, étendue à tous les besoins du ménage, mais la femme n'est tenue que dans la limite des besoins du ménage, eu égard à la condition sociale et au niveau de vie des époux.

131. — Cette jurisprudence, qui semble répondre aux espoirs de la doctrine allemande (38), fut dans son principe approuvée par les auteurs français qui, cependant, émirent certaines réticences légitimes concernant l'organisation technique de cette solidarité de fait entre époux. D'abord, il eut été préférable de parler d'obligation *in solidum* plutôt que de solidarité. Ensuite, étant donnée la réglementation actuelle des régimes matrimoniaux et surtout du régime légal de communauté, l'obligation de la femme aux dettes du ménage ne devrait être que subsidiaire (39), lui réservant ainsi le bénéfice de discussion et obligeant les tiers à prouver l'insolvabilité du mari. Une véritable solidarité semble être légitime en cas seulement de régime de séparation de biens dans lequel le mari n'est pas de droit détenteur des biens affectés à l'entretien du ménage, ni de la contribution personnelle de la femme.

Il est évident que les solutions à apporter à cette question dépendent bien sûr de l'étendue de l'obligation de contribution aux charges, mais aussi de l'organisation technique de cette contribution c'est-à-dire des régimes matrimoniaux.

Comme nous le verrons ultérieurement, le nouveau régime légal allemand est un régime séparatiste et il devient alors légitime que

(35) S. 45-2-57.

(36) 31 octobre 1934, D. 35.1.73, note NAST.

(37) Quel que soit le régime matrimonial les époux sont solidairement tenus d'entretenir leurs enfants, Civ. 21 mai 1890, S. 1891.1.61, D. 1890.1.337.

(38) Elle se trouve citée à titre d'exemple par MÜLLER-FREIENFELS, *op. cit.*, note 30.

(39) L'obligation subsidiaire de la femme est également admise par le C. civ. suisse, art. 207 et 243.

la femme soit subsidiairement engagée par les dettes contractées par elle dans l'exercice de son pouvoir domestique. Cette obligation subsidiaire de la femme, en cas d'insolvabilité du mari, est la seule mais importante innovation faite par la loi d'égalité de 1957.

Cette réforme du § 1357 parut trop partielle et les auteurs allemands ne lui ménagèrent pas leurs critiques. Ils préconisaient, conformément d'ailleurs aux projets législatifs, un droit réciproque des deux époux d'agir au nom de la communauté conjugale pour les besoins du ménage, assorti d'un droit également réciproque de chacun de s'adresser au Tribunal en cas d'abus de droit (40).

Cette solution nous semble la seule conforme au principe d'égalité des époux, d'autant qu'en renforçant l'unité du ménage, elle en reconnaît l'existence sociale sinon juridique. Il y a unité à l'égard des tiers parce qu'il y a collaboration et communauté entre époux. S'il est bon que la femme conserve le droit d'engager le mari pour les besoins du ménage en vertu d'un pouvoir propre, il serait juste et conforme à l'évolution actuelle que la réciproque fût également admise, comme la jurisprudence française y incite le législateur. Et ceci d'autant plus que la famille réalise une unité des personnes parce qu'il y a unité de consommation, unité pour l'usage des biens et des services destinés à satisfaire l'intérêt commun.

Il est regrettable que cette conception admise par tous les auteurs des différents pays (41), reconnue par les Tribunaux, demeure ignorée des législateurs, car elle seule manifeste que les époux sont d'abord des associés.

(40) BOEHMER, *op. cit.*; MÜLLER-FRIENFELS, *op. cit.*; BEITZKE, *Familienrecht*, p. 723.

(41) SAVATIER D. 1935, chron. p. 25 « L'action des créanciers pour dettes de ménage, entre les époux séparés de biens » n'écrivait-il pas déjà que cette sorte de mandat réciproque des époux tend à instaurer l'égalité entre époux. Il est deux moyens de tendre à cette égalité. En dehors du ménage elle se réalise par l'indépendance de chacun des conjoints relativement aux dettes de l'autre. Mais elle ne peut au contraire dans le domaine du ménage, s'obtenir que par la solidarité de tous deux dans la dépense légitime de l'un. La jurisprudence se garde bien de confondre égalité et indépendance là où l'indépendance est impossible. Car celle-ci est inconciliable avec l'idée même de ménage. Dans celui-ci, le seul équilibre c'est la collaboration ».

CONCLUSION

132. — Au terme de ces développements, il s'avère que vouloir ramener à l'unité une communauté de deux individus libres, sans atteindre, au point de les nier, aux droits fondamentaux de l'un d'eux, est une entreprise impossible. À défaut de pouvoir les nier totalement et ouvertement, l'unité de la famille semblait exiger que leur usage reste, en ce qui concerne les droits attachés à la personne de la femme, étroitement subordonné à la volonté du mari et le droit objectif ne pouvait guère que consacrer certains symboles de cette unité, tels l'unité même fictive du domicile, l'unité même relative du nom. Mais comme tout symbole ils ne coïncident pas toujours avec la réalité qu'ils sont pourtant censés refléter.

Or malgré l'unité familiale, la dualité des sujets subsiste mais celle-ci ne devait pas apparaître puisque l'on considérait que seul le mari pouvait incarner cette unité, et qu'il fallait pour cela lui donner un pouvoir unique de décision. Dans une telle conception, il valait mieux parler pour reprendre une terminologie allemande d'unilatéralité, plutôt que d'unité.

Cependant l'impossibilité d'appliquer ce principe de façon absolue s'est manifesté très tôt et la jurisprudence en a tiré les conséquences.

1^o Les droits de la personne dans le mariage

133. — Il est étonnant que les tribunaux français aient, sous l'empire même d'une puissance maritale théoriquement absolue, qui semblait à l'époque la condition nécessaire de l'unité familiale, admis une quasi totale autonomie de la femme dans des domaines qui pourtant peuvent ébranler sérieusement cette unité : la jurisprudence a affirmé sans hésitation la liberté religieuse de la femme, puis plus généralement sa liberté d'opinion en matière politique notamment, reconnaissant en dépit de l'autorité maritale un des droits fondamentaux de la personnalité et imposant en contrepartie au mari

une obligation de tolérance. En Allemagne par exemple les problèmes de religion au sein des familles sont constants parce qu'il s'agit d'un pays bi-confessionnel; en eux-mêmes ils sont un danger grave pour l'unité interne du ménage; mais cependant, les tribunaux, qui ont souvent à en connaître, tranchent et ont tranché les conflits en faveur de la liberté des époux estimant qu'en ce domaine l'autorité maritale ne peut ni ne doit intervenir (1).

Il en fut de même en France, qu'il s'agisse de conflits dûs aux différences de religion ou à des divergences d'opinion politique (2).

Or si l'on tient compte du fait que les luttes politiques ont en France un caractère passionnel qui ne laisse guère de place à la tolérance, les conflits qui interviennent au sein d'un ménage, peuvent, aux époques troublées, constituer un risque grave pour l'unité réelle de la famille (3).

134. — De même le droit de la femme au secret de sa correspondance, étouffé d'abord par la puissance maritale, fut progressivement consacré par la jurisprudence française, qui, par une interprétation extensive de la notion d'abus de droit, réduisit presque à néant le droit de contrôle du mari. Pratiquement la possibilité de contrôle permettait au mari d'obtenir des moyens de preuve à l'appui d'une demande en divorce et le mettait dans une position beaucoup plus favorable que celle dans laquelle se trouvait sa femme. Cette inégalité trop flagrante était choquante. Désormais la jurisprudence a depuis l'arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 28 avril 1949 (4) admis l'égalité des époux en cette matière et la réci-

(1) Pour un arrêt récent en la matière, v. OLG Nürnberg, 1^{er} septembre 1959, FamRZ 1960, p. 64, « Le changement unilatéral de religion d'un époux n'autorise pas en lui-même le divorce, car les droits de la personnalité ne doivent pas être atteints par le mariage; l'époux non converti (en l'occurrence le mari) est tenu à la tolérance; mais l'intolérance religieuse du converti peut constituer une « Ehepflichtverletzung ».

V. aussi OLG Stuttgart, 8 février 1954, FamRZ 1955, 256, « Un époux qui par sa conversion brise l'unité religieuse du ménage ne commet pas de faute grave mais il est tenu d'accorder une considération particulière aux sentiments de l'autre ». BGH 24 octobre 1962, FamRZ 1963.168. « Le droit fondamental de la liberté de conscience et de croyance s'impose à tous et également entre époux ». Sur les limites de ce droit v. KG, 8 février 1954-45.

(2) Trib. civ. Seine, 18 juin 1945, G.P. 1945.2.38, « Le fait pour la femme d'avoir adhéré comme adepte à une ligue politique, d'y passer les après-midi du dimanche et de chercher à y entraîner les enfants du ménage ne constitue pas une injure grave, car ces agissements contre la volonté du mari ne constituent que l'exercice d'un droit » v. obs. G. LAGARDE, R.T.D.C., 1945, 184 sur unité de la famille et liberté de conscience.

(3) V. sur ce point un curieux jugement du Trib. civ. de Saint-Calais, 14 décembre 1944, G.P. 1945.1.10. Il s'agissait du respect dû à la femme lorsque les activités politiques du mari étaient de nature à porter atteinte à la dignité de la femme en tant que citoyen. « Il y a lieu de considérer comme injure grave le fait par un conjoint et spécialement par le mari de prendre volontairement du service dans une organisation paramilitaire (la milice)... ce fait risque de marquer le conjoint d'une façon indélébile dans ses sentiments patriotiques et dans l'opinion publique ».

(4) Ch. civ. 28 avril 1949, G.P. 1949.2.98, « Attendu qu'en énonçant que le contrôle légitime de la correspondance de l'un des conjoints par l'autre permet un semblable moyen de preuve alors surtout que de sérieux soupçons existaient dans la

procité du droit de contrôle de la correspondance, mais encore faut-il que la possession des lettres versées aux débats ne résulte pas de manœuvres abusives.

Il semble donc que chaque fois qu'un texte ne les en empêchait pas, les tribunaux français, aient malgré la rigueur de la puissance maritale ou les nécessités de l'unité de la famille représentée par le mari, reconnu et consacré les droits inhérents à la personne de la femme et admis à son profit une large autonomie.

L'idée d'unité de la famille demeure cependant latente et les tribunaux s'en inspirent parfois (5), mais ils la rejettent chaque fois qu'elle aurait pour conséquence d'absorber la personnalité de la femme dans celle du mari (6).

135. — En analysant la jurisprudence relative au divorce, notamment la conception française de l'injure grave, on constate le désaccord grave qui règne en France entre le droit du mariage, lequel est fondé sur un principe de liberté et implique nécessairement le respect de l'autonomie, de l'honneur de chacun, et le droit de la famille organisé autour d'une idée d'autorité dont le caractère unilatéral va à l'encontre de la liberté des personnes. En réalité la jurisprudence en matière de divorce est beaucoup plus révélatrice de la conception des rapports personnels des époux, de leurs droits et obligations réciproques, puisque le divorce en constitue pratiquement la sanction.

L'extension même de la notion d'injure grave, la facilité avec laquelle les juges trouvent de légitimes excuses à la femme, lorsque le mari en usant de ses prérogatives personnelles a atteint à la dignité de la personne physique et spirituelle de la femme, montre bien que le respect de l'autre est à la base de notre conception du mariage. « Notre droit matrimonial ne se dément pas : son génie, son démon, c'est la liberté » écrivit M. Carbonnier dans une remarquable étude du mariage. Mais par ailleurs certains droits inhérents à la personne

conduite de la femme, l'arrêt affirme non point un droit de puissance maritale supprimée mais *la réciprocité et l'égalité des droits des époux en cette matière* ».

Attendu qu'il appartient aux tribunaux d'apprécier, en se déterminant d'après les circonstances de leur détention, si les lettres dont l'époux prétend faire usage, peuvent être versées aux débats, qu'il est permis d'en faire état, à moins que leur possession ne résulte d'un artifice coupable, d'une fraude ou d'un abus.

Trib. corr. Grasse, 18 octobre 1944, G.P. 1949.2.115, R.T.D.C. 1945, 28 OGS LAGARDE (Délit de suppression de correspondance), Caen, 25 juin 1950, D. 1951.68.

(5) Trib. corr. de Mons, 27 octobre 1953, S. 1954.4.34, « Attendu qu'il est normal qu'à raison de la confiance réciproque et de la cohabitation, les écrits adressés à l'un des époux soient à la disposition de l'autre conjoint, de sorte que d'une façon générale, une lettre adressée à deux conjoints doit être considérée comme l'ayant été à une seule personne.

(6) C.E. 14 novembre 1952, S. 53.3.45, note M^{me} TRIAL.

C.E. 20 octobre 1950, S. 51.3.23.

Crim. 26 février 1953, D. 53.307.

Ces arrêts manifestent la persistance de l'autonomie et de la personnalité juridique de la femme au sein du ménage.

continuent d'être refusés à la femme, en vertu d'une conception autoritaire de la famille qui, bien qu'elle soit plus vivante dans les esprits que dans les mœurs, persiste à considérer la femme comme une personne peut-être, mais comme une personne inférieure. Notre droit du divorce ou du moins son interprétation jurisprudentielle est fondé sur l'égalité des époux parce qu'il s'inspire du respect dû aux personnes, mais cette égalité n'apparaît qu'au moment du divorce.

C'est que le législateur est plus timide lorsqu'il s'agit de modifier la situation de la femme au sein de la famille : si le droit de vote des femmes a finalement été admis, il l'a été plus facilement que le droit au travail par exemple, parce qu'étant privé de toute conséquence matérielle, il bouleverse moins directement les rapports traditionnels des époux.

Il importe pourtant de rétablir l'harmonie entre notre droit du mariage et du divorce et notre droit de la famille. Pour ce faire, il suffirait d'accorder à la femme des droits égaux à ceux du mari et consacrer ainsi le plein respect de sa personne.

2^o *La nature des droits des époux*

136. — Sous l'empire de la puissance maritale, on pouvait dire que le mari était titulaire de droits subjectifs, au sens classique : il possédait un droit dont l'expression était un pouvoir d'ordre à l'encontre de sa femme, laquelle était tenue d'une obligation corrélatrice de soumission.

Mais, si le droit subjectif est absolu en ce sens qu'il confère à un titulaire le droit d'agir dans un intérêt personnel, le mari, comme chef de famille, n'a pas de droits subjectifs car leur exercice reste impérativement soumis à la satisfaction d'un intérêt qui n'est pas purement personnel.

Dans l'optique d'un ménage fondé sur l'égalité des époux, peut-on encore parler de droits subjectifs, puisque l'on est en présence de deux droits égaux ayant souvent même objet (par exemple, le droit de choisir la résidence du ménage) sans obligation correspondante ?

De même, les droits nouveaux reconnus à la femme mariée, en tant que personne libre et égale du mari, restent des droits conditionnés dans leur exercice.

Il importe donc de se demander quelle est la nature des droits accordés à la femme mariée en vertu du principe d'égalité. Les prérogatives de la personne s'analysent essentiellement en droits subjectifs, mais certaines d'entre elles apparaissent plutôt comme des libertés et il est souvent difficile de savoir dans certains cas si une liberté s'exprime en un véritable droit.

Membre de la famille, la femme n'en garde pas moins son individualité et à ce titre elle est titulaire de véritables droits opposables à quiconque, chaque fois qu'une prérogative personnelle lui est accordée : la femme a un droit subjectif, personnel, d'ajouter son nom

patronymique à celui de son mari. De même, elle a le droit d'exercer une profession, encore qu'en ce domaine on pourrait parler également de liberté. Dans tous les domaines précédemment étudiés, on peut dire qu'il s'agit de droits subjectifs attachés à la personne même de la femme mariée, parce qu'étant opposables aux tiers, ceux-ci sont dès lors tenus d'en respecter l'existence et l'usage.

Mais il est bien entendu qu'admettre l'existence de droits subjectifs individuels, c'est en admettre en matière de droit de famille, une notion altérée parce que limitée; ce n'est nullement prendre parti pour une conception individualiste, moins encore légitimer un exercice abusif ou anti-familial de ces droits.

Reconnaître les droits et la liberté de la femme, ce n'est pas les affirmer sans limite; il faut au contraire en déterminer les frontières, soit au regard des droits concurrents du mari, soit sur un plan plus élevé au regard de l'intérêt général de la famille. Les droits personnels de la femme, comme ceux d'ailleurs du mari, absolus quant à leur opposabilité, restent relatifs quant à leur usage. Dans la mesure où le droit protège l'exercice des libertés individuelles, il affirme les droits subjectifs de la femme, mais dans la mesure où il en limite et doit en limiter l'usage, il empêche que leur exercice ne se tourne contre autrui ou contre la communauté familiale. Personne ne peut interdire à la femme d'exercer une profession, mais la femme n'a le droit de le faire qu'à la condition de ne pas porter un préjudice grave à la famille.

Il n'y a rien de contradictoire à affirmer la pleine autonomie de la femme et à reconnaître en même temps qu'elle s'insère et s'exprime dans un cadre familial qui la limite d'autant : autonomie limitée, selon les exigences d'ailleurs variées, mouvantes et progressives de la vie familiale. En revanche, lorsqu'il s'agit de la communauté familiale en elle-même et non plus de ses membres pris isolément, nous avons vu que ces derniers, c'est-à-dire le mari et la femme, n'ont plus de droits subjectifs d'imposer à l'autre leurs prérogatives, mais seulement une obligation réciproque de dégager une volonté commune, expression de l'unité familiale.

137. — C'est donc dans une dialectique constante et non dans une hiérarchie à sens unique que se développent et s'enrichissent les rapports inter-individuels des époux. Et ceci apparaît évident lorsque l'on considère les personnes qui composent l'unité familiale, non seulement comme des individus au sens absolu, mais surtout comme étant constamment le terme d'une relation. « Ce que manifeste donc la famille, c'est une certaine contingence de tout l'individu », faire partie d'un ménage, c'est « être moins un absolu qu'une relation » (7).

La Loi française demande encore à la femme de respecter le pouvoir supérieur du mari et d'y soumettre sa propre volonté, ainsi que l'exercice de ses droits personnels que les textes constitutionnels lui reconnaissent pourtant.

(7) J. LACROIX, *Force et Faiblesse de la famille*, éd. Seuil, 1948, p. 74.

En prenant délibérément parti pour l'égalité des époux, la Loi allemande leur demande d'harmoniser, d'accorder leurs droits égaux et de soumettre leurs deux libertés à l'intérêt supérieur de la famille qu'ils ont créée. Or, cet intérêt de la famille, si souvent invoqué, réside essentiellement dans l'harmonie des rapports personnels des époux, condition indispensable de la stabilité et de l'unité familiales. On ne peut légitimement parler d'unité de la famille que lorsque mari et femme, en conformant réciproquement leur être personnel à leur qualité d'époux, s'efforcent constamment d'accorder leurs volontés pour arriver à une volonté commune, qui seule exprime leur unité profonde et effective. Mais celle-ci est affaire des époux; elle ne se fera jamais « légalement »; elle ne résulte pas du droit.

Cependant l'expérience allemande est intéressante pour le législateur français, en ce qu'elle nous montre que la pleine reconnaissance des droits individuels essentiels et de l'autonomie de la femme mariée n'est nullement incompatible avec le respect des exigences de la famille.

Il était contradictoire d'accorder des droits théoriques à la femme et d'admettre en même temps, que seul le mari pouvait légitimement être juge de l'opportunité de leur usage; c'était admettre l'irresponsabilité de la femme et son incapacité d'apprécier l'intérêt du ménage. Rendre à la femme « le gouvernement de sa personne » ce n'est pas seulement lui accorder l'autonomie et les droits inhérents à tout être humain, c'est aussi la rendre responsable au même titre que le mari. Avec le pouvoir, naît la responsabilité et la femme désormais libérée de toute tutelle devra faire face à des obligations nouvelles : entre époux cette responsabilité aboutit à une plus exacte réciprocité des devoirs, et à une véritable solidarité à l'égard des tiers. Ces mêmes tendances, se retrouveront dans le droit patrimonial de la famille.

TROISIÈME PARTIE

L'APPLICATION
DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ
AUX RAPPORTS PATRIMONIAUX
DES ÉPOUX

TITRE 1

LES EFFETS PÉCUNIAIRES GÉNÉRAUX DU MARIAGE ET LA SOLIDARITÉ DES ÉPOUX

138. — Le droit saisit plus aisément les rapports patrimoniaux que les rapports personnels des époux, et par suite ils offrent au juriste plus de facilités sinon plus d'intérêt. C'est une des raisons pour lesquelles l'étude des régimes matrimoniaux absorbe la quasi-totalité du droit conjugal. Si les rapports personnels représentent la base morale de la famille, les rapports patrimoniaux en sont la base matérielle; ils ne sont donc ni plus ni moins importants que les premiers, mais comme tels ils demeurent soumis au fondement qui détermine la nature des rapports conjugaux en général.

L'application du principe d'égalité des époux réalise, comme nous allons le voir, le même processus d'association étroite des deux époux sur qui pèsent des charges égales et la libération de la femme mariée soustraite désormais aux pouvoirs du mari dans la gestion de son patrimoine. C'est entre ces deux pôles qu'évoluent les rapports patrimoniaux entre deux époux qui sont des associés tout en demeurant des personnes libres (1).

(1) Étant donné l'ampleur de la matière, nous avons cru devoir nous limiter à l'étude de certaines questions précises. Nous avons choisi celles sur lesquelles le principe d'égalité des époux exerce une influence directe.

139. — Le principe d'égalité a pour corollaire direct de réaliser une plus grande réciprocité des devoirs entre époux. Les charges du ménage sont véritablement portées en commun : une telle affirmation n'est pas nouvelle car il fut de tout temps admis que sous une forme ou sous une autre les époux devaient collaborer à l'entretien de la famille. Cependant les formes que revêt cet entretien varient suivant le principe qui domine le droit familial.

Nous envisagerons donc successivement l'obligation d'entretien, la collaboration professionnelle et les présomptions de propriété.

CHAPITRE I

La collaboration des époux aux charges du ménage

140. — En France comme en Allemagne, l'entretien du ménage incombe aux deux époux. Il est de la nature de l'obligation d'entretien d'être réciproque. Cependant l'exécution de cette obligation varie dans ses modalités, selon le régime matrimonial des époux. La participation de la femme aux charges de la famille diffère selon qu'elle est mariée sous un régime communautaire ou sous un régime séparatiste. C'est pourquoi l'essentiel des règles relatives à la contribution des époux est contenu dans les dispositions particulières à chaque régime. Les principes généraux se réduisent à peu de chose, alors qu'ils sont beaucoup plus importants que la réglementation des régimes matrimoniaux trop précise et trop touffue pour être respectée. L'article 212 du Code civil ne règle la matière qu'en l'absence de dispositions prévues par le régime matrimonial. Les §§ 1360 et suivant du BGB sont en revanche plus explicites.

Section I

LE DROIT FRANÇAIS

141. — L'article 212 du Code civil est laconique et se contente de poser le principe du devoir de secours et de spécifier son caractère mutuel. Le devoir de secours, application particulière de l'obligation alimentaire entre époux, n'absorbe pas toutes les charges du ménage; l'obligation des parents d'entretenir leurs enfants en fait partie et a appelé des solutions un peu différentes.

§ 1. — LE DEVOIR DE SECOURS ENTRE ÉPOUX

142. — Si l'article 214 du Code civil stipule que les époux contribuent en proportion de leurs facultés respectives, l'alinéa 2 ajoute que cette obligation pèse à titre principal sur le mari. Ceci s'explique par le fait que le mari, sous le régime légal, centralise toutes les ressources du ménage. La femme contribue par ses apports en communauté ou par sa dot, tous deux affectés principalement aux charges de la famille. La femme n'est pas en pension chez son mari, bien que « l'obligation alimentaire affecte en principe un caractère unilatéral » (1). Si la seule application du régime matrimonial suffit à réaliser l'exécution par le mari de son obligation, la femme insatisfaite de la situation qui est la sienne n'a aucun recours. Elle demeure sous l'autorité du mari, qui est libre de déterminer le train de vie du ménage. C'est aussi la raison pour laquelle l'article 214 décide que le mari doit fournir à la femme tout ce qui lui est nécessaire selon ses facultés et son état. Cependant, si la femme travaille, elle devra d'elle-même prélever sur ses biens réservés sa part contributive.

Au contraire, si les époux sont séparés de biens, la situation est tout autre, à condition que la femme n'ait pas confié à son mari l'administration de ses biens. Les époux peuvent librement déterminer la proportion de leur contribution mais si le contrat ne décide rien, il est admis que les époux contribuent en proportion de leurs facultés respectives. Ceci implique naturellement l'éventualité qu'un époux soit seul tenu lorsque l'autre est sans ressources.

Cependant, la jurisprudence, conformément à l'idée que les époux sont associés, a organisé une véritable solidarité des époux pour dettes de ménage (2). Et l'entretien du conjoint est une des charges de la vie commune dont la femme est tenue au même titre que le mari (3).

Lorsque les époux vivent ensemble, la femme commune et sans profession indépendante n'avait d'autres ressources que de pouvoir refuser la communauté de vie, en cas d'inexécution par le mari de son obligation d'entretien. Depuis la loi du 13 juillet 1907 la saisie-arrêt des produits du travail est possible, et l'article 864 du Code de procédure civile y assimile les revenus. Cette sanction est réciproque : le mari peut en user comme la femme, mais c'est surtout à cette dernière qu'elle profitera, puisque le mari est en règle générale détenteur du fonds et qu'il est peu de femmes mariées qui exercent une profession lucrative (4). Cependant de telles mesures semblent n'être utilisées en pratique que lorsque les époux vivent séparément et qu'il s'agit de l'exécution forcée d'une pension alimentaire préalablement fixée.

(1) PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. II, n° 351.

(2) Voir supra à propos du pouvoir domestique, p. 240.

(3) Req. 31 octobre 1934, D.P. 1935.1.73, note NAST.

(4) Voir supra statistiques relatives au nombre de femmes qui travaillent, p. 189.

§ 2. — LE DEVOIR DE SECOURS DES PARENTS ENVERS LEURS ENFANTS

143. — Il fut de tout temps admis que les époux étaient ensemble tenus d'entretenir leurs enfants. L'article 203 du Code civil est clair : « les époux contractent ensemble par le seul fait du mariage l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants ». La jurisprudence a déduit de ce texte une obligation *in solidum* des parents qui les situent donc sur un pied d'égalité (5). Chacun des deux conjoints est tenu pour le tout, bien que la femme n'exerce pas la puissance paternelle qui est pourtant la contrepartie du devoir d'entretien.

Section II

LE DROIT ALLEMAND

§ 1. — LA RÉCIPROCITÉ DU DEVOIR D'ENTRETIEN

144. — La principale innovation de la loi du 17 janvier 1957 est d'avoir supprimé la distinction entre « les dépenses ou train de vie du ménage » (Eheliche Aufwand) et l'obligation alimentaire entre époux (Unterhaltspflicht) au profit de la notion générale d'entretien de la famille (Familienunterhalt) dont les deux époux sont conjointement responsables. Cependant, le § 1360 (6) dispose que les époux assument leur obligation différemment, le mari par son travail professionnel et les revenus qu'il en tire, et la femme par son travail domestique (Haushaltsführung) lequel est jugé équivalent au travail du mari. L'entretien de la famille comprend, selon le § 1360a, tout ce qui est nécessaire pour faire face aux frais du ménage et pour satisfaire aux besoins personnels des époux et des enfants communs, selon leurs conditions de vie. Le mari demeure donc principalement débiteur des sommes d'argent nécessaires mais il n'est plus seul tenu d'entretenir sa femme; tous les deux collaborent à l'entretien de la famille (7).

(5) Civ. 21 mai 1890, D.P. 1890.I.337. Civ. 27 novembre 1935, D.P. 1936.I.25, note ROUAST.

(6) « Les époux sont réciproquement tenus d'entretenir convenablement la famille par leur travail et leur patrimoine. La femme remplit, en principe, son obligation de collaborer à l'entretien de la famille par la conduite du ménage; elle n'est tenue d'avoir un travail professionnel que dans la mesure où la puissance de travail du mari et les revenus des époux ne suffisent pas à l'entretien de la famille et où il n'est pas conforme aux rapports des époux d'utiliser le capital de leur patrimoine. »

(7) Le § 1360 BGB ancien disposait que « le mari est tenu d'assurer l'entretien de sa femme, conformément à sa position sociale, à son patrimoine et à son travail. La femme doit assurer l'entretien de son mari lorsqu'il est hors d'état de s'entretenir lui-même, conformément à la position sociale de ce dernier ».

La femme n'est que subsidiairement obligée de travailler. Cependant le régime matrimonial actuel ne centralise pas les revenus de la femme dans les mains du mari; cette dernière devra donc fournir elle-même sa contribution financière aux charges du ménage.

La doctrine accueillit ces modifications avec ferveur (8). La jurisprudence les avait préparées (9). Ceci aurait dû conduire le législateur à admettre l'obligation *in solidum* des époux pour les actes conclus par l'un d'eux dans l'intérêt du ménage. C'est une des principales critiques que l'on peut adresser à la loi nouvelle.

À l'égard des enfants, le § 1606 BGB ancien décidant que le père était avant la mère responsable (10) de l'entretien de l'enfant fut jugé inconstitutionnel et le § 1606 nouveau dispose désormais que l'obligation des parents est déterminée par l'application du § 1360 (11).

Sur ce point, la réforme allemande n'a guère innové; elle met seulement l'accent sur la réciprocité du devoir d'entretien de la famille et manifeste que les époux y sont étroitement associés, notamment lorsque la femme est tenue de travailler.

§ 2. — L'OBLIGATION DE LA FEMME DE TRAVAILLER

145. — L'obligation faite au mari d'assurer par son travail l'entretien de la femme et des enfants et de subvenir aux charges du ménage, n'a pas permis d'éviter que la femme ne soit en fait fréquemment contrainte de travailler pour assurer conjointement l'entretien de la famille. Si en principe sa collaboration aux charges du ménage s'exécute en nature, c'est-à-dire par son travail ménager au sein du foyer (et éventuellement par l'apport de ses biens et de leurs revenus), il n'est pas rare que le salaire du mari ne soit pas suffisant pour subvenir à la totalité des besoins. Jusqu'alors la loi n'obligeait pas expressément la femme à exercer une activité professionnelle, bien qu'il puisse en fait s'agir d'une nécessité. La femme pouvait juridiquement réclamer au mari les sommes nécessaires et le contraindre ainsi à travailler, mais ce droit n'était pas, sauf circonstances exceptionnelles, réciproque.

La loi, la doctrine et la jurisprudence allemandes ont estimé que cette situation d'inégalité devait être corrigée. La femme qui avait le droit de travailler pouvait, en vertu du principe d'égalité, légitimement y être contrainte.

(8) BRÜHL, Der Familienunterhalt nach dem GbG. FamRZ 1957, 277. ARNOLD, Probleme des Unterhaltsrechts, FamRZ, 1960, 222 s.

(9) OLG Frankfurt 16 juin 1953, NJW 1953, 1004. BGH 14 décembre 1956, FamRZ 1957, 92 (Depuis l'entrée en vigueur du principe d'égalité, la femme qui travaille doit collaborer comme le mari à l'entretien du ménage).

(10) BGH, 13 juin 1955, FamRZ 1955, 249. Certains tribunaux avaient admis la solidarité des époux, BayOLG 16 octobre 1956, FamRZ 1957, 138 contra, OLG Frankfurt, 23 octobre 1957, FamRZ 1958, 33.

(11) Sur les difficultés posées par l'obscurité de la loi quant à l'obligation d'entretien des parents à l'égard des enfants, voir G. BEITZKE, Die Neugestaltung der elterlichen Unterhaltspflicht, Festschrift für J. W. HEDEMANN, 1958, p. 1.

La jurisprudence antérieure à la loi de 1957 avait déjà admis que les époux devaient contribuer également à l'entretien du ménage et que la femme y était tenue de la même manière et dans les mêmes proportions que le mari. Cependant le principe d'égalité ne devait pas avoir pour effet d'obliger, dans tous les cas, la femme à exercer une profession dans les mêmes conditions que le mari. Telle fut la règle posée par un arrêt de la Cour fédérale en date du 14 décembre 1956 (12). Mais il fallait en déterminer les limites. C'est pourquoi la loi du 18 juin 1957 modifia le § 1360 BGB relatif à l'obligation d'entretien et décida que « la femme n'est tenue d'exercer une activité professionnelle que dans la mesure où le travail du mari et les revenus des époux sont insuffisants et lorsqu'il n'est pas conforme aux conditions de vie des époux d'entamer leur capital ».

146. — L'obligation faite à la femme mariée de travailler pour subvenir aux charges de la famille apparaît comme une obligation subsidiaire et ceci est normal puisque la loi impose à la femme d'abord de veiller à la gestion du ménage et que cette fonction est légalement considérée comme équivalente, du point de vue de la contribution respective des époux, au travail extérieur du mari. Le travail de la femme mariée qui, de nos jours, est souvent une nécessité de fait indispensable à la vie de la famille, est devenu en vertu du principe d'égalité une obligation légale. Cependant, du strict point de vue juridique, cette obligation reste conditionnée et cesse lorsque sa cause disparaît, c'est-à-dire lorsque le salaire du mari est à nouveau suffisant pour assurer une vie décente à la femme et aux enfants. En réalité la difficulté majeure nous semble être d'établir le point de départ de l'obligation de la femme. Le critère de la nécessité n'est pas toujours clair ni objectif : s'il est des cas où l'apport du salaire de la femme est manifestement indispensable à la vie du ménage, il en est d'autres — et ce sont peut-être les plus nombreux — où le salaire de la femme est ressenti comme nécessaire et utile, même s'il n'est pas objectivement indispensable. Ceci provient de l'évolution économique de nos pays qui a provoqué un développement considérable des besoins en biens de consommation, développement qui n'est pas toujours proportionnel à l'augmentation des salaires. Or même si ces besoins sont parfois artificiels, leur satisfaction est néanmoins ressentie comme nécessaire par la moyenne des gens (13). Nécessité ne veut pas dire nécessité « pour subsister » car les besoins ont une certaine élasticité. En réalité le travail, dans son principe, est directement lié au salaire et aux besoins et pour la grande majorité des salariés il est de l'ordre de la

(12) BGH, FamRZ 1957, p. 92, n° 36.

(13) Il ressort de l'enquête menée sous la direction de M^{me} CHOMBART de LAUWE, que le travail de la femme est ressenti comme une nécessité par 68 p. 100 des hommes et 86 p. 100 des femmes des familles ouvrières, par 83,3 p. 100 des hommes et 98,3 p. 100 des femmes des ménages appartenant à une catégorie professionnelle dite « d'intermédiaires ». Revue internationale des Sciences sociales, Unesco, vol. XIV, 1962, n° 1.

nécessité (14); pour les femmes, la notion de choix, entre travailler ou rester au foyer, avec le contenu de liberté qu'elle comporte, ne peut s'y appliquer, sauf pour une petite minorité d'entre elles.

Il semble donc bien que des femmes travaillent au delà de leur obligation légale, telle qu'elle résulte de la réforme allemande; en pratique, la diversité des situations, la multiplicité des éléments à considérer devra conduire à une interprétation souple de cette disposition légale, car il semble impossible d'établir un seuil rigide à cette obligation; c'est une question de fait.

147. — Les époux restent, en principe, libres d'organiser la contribution aux charges du ménage comme ils l'entendent. La loi ne leur donne qu'une ligne directrice qui permet de déterminer de façon générale leurs obligations, et par suite, leur responsabilité. Si le législateur voulait prévoir et réglementer toutes les situations humaines, il lui faudrait, en cette matière, distinguer selon les classes sociales, les catégories professionnelles, le nombre d'enfants, etc... or ceci est juridiquement et pratiquement impossible.

A titre d'exemple, nous pouvons citer un arrêt de la Cour d'appel de Brême qui fit une intéressante application de cette règle nouvelle (15) : la Cour estima que la femme d'un homme divorcé était tenue d'exercer une profession lorsque son mari ne pouvait pas subvenir totalement aux besoins de ce second ménage du fait de la pension alimentaire qu'il devait verser à sa première femme.

Selon la doctrine et la jurisprudence allemandes il doit en être de même chaque fois que la femme est responsable de l'entretien de certaines personnes, telles des enfants d'un premier lit ou d'un enfant naturel né antérieurement au mariage (16).

(14) P. H. et M. J. CHOMBART DE LAUWE, L'évolution des besoins et la conception dynamique de la famille, *Revue française de sociologie*, 1961, p. 405. Voir aussi ESPRIT, *La femme au travail*, mai 1961.

(15) OLG Bremen, 29 janvier 1958, *FamRZ*, 1958, p. 227.

(16) G. BEITZKE, *Betrachtungen zum neuen Kindschaftsrecht*, *FamRZ* 1958, p. 11. W. ERMAN, *Gleichberechtigungsgesetz, Nebenband zum BGB-Kommentar*, § 1360, n° 3.

CHAPITRE II

Le devoir de collaboration professionnelle entre époux

148. — Lorsque la femme mariée collabore à l'activité professionnelle de son mari, il ne s'agit, en principe, en droit français, que d'une variante de l'obligation générale d'assistance (1). Mais le Code civil français n'impose pas expressément aux époux une obligation de collaboration, ce qui explique en partie la difficulté d'opérer une distinction nette entre assistance conjugale et travail professionnel.

Le BGB, au contraire, contient une disposition sur ce point; le § 1356 alinéa 2 ancien, décidait que « la femme n'est tenue de collaborer à l'activité ou à l'entreprise du mari, que dans la mesure où ceci est d'usage d'après les circonstances dans lesquelles vivent les époux ».

L'obligation ne s'imposait donc qu'à la femme. Pratiquement, cette disposition était d'application courante, dans le commerce (2) et l'agriculture (3) notamment, mais également dans les professions libérales. Il fut admis aussi que, selon les circonstances, la femme qui prenait la direction de l'affaire du mari en cas d'empêchement du mari, situation fréquente pendant la guerre, remplissait seulement son obligation d'assistance (4).

(1) Ch. FREYRIA, La notion de relation de travail entre époux, Droit social 1952, pp. 378 et 465, P. JULIEN, Les contrats entre époux, Bibl. de droit privé, t. XXXIII, 1962, p. 61.

(2) Cette obligation est tout à fait générale puisqu'elle s'impose à la femme quelle que soit la forme de l'exploitation commerciale du mari; notamment il fut admis que la femme devait collaborer avec le mari même lorsque celui-ci n'est qu'un associé et non l'unique propriétaire ou gérant, BGH 10 avril 1963 FamRZ 1963.342.

(3) Pour une décision où il s'agissait de savoir si la femme d'un fermier exécute son obligation d'assistance lorsqu'elle travaille à la ferme, voir Comm. parit. Canton de Limay, 2 juillet 1946, D. 1947, 14, note VOIRIN. BGH, NJW 1957, 518, « A la campagne, le ménage est une communauté de travail ».

(4) RGZ, 24 octobre 1931, 133, 381.

Les notions d'usage et de circonstance dans lesquelles vivent les époux sont des questions de fait que le juge, en cas de conflit, doit apprécier. Cette appréciation est déterminante car elle décide de la nature de la collaboration de la femme, et, par suite, du régime juridique applicable : s'agit-il d'une entr'aide conforme à l'usage et aux circonstances de vie des époux, son travail sera gratuit et entrera dans le cadre de l'obligation d'assistance; si au contraire il dépasse ce cadre, il faudra rechercher quel lien nouveau, différent de l'obligation d'assistance, unit les époux. Mais avant d'analyser cette question, il nous faut voir d'abord quelles modifications la réforme du droit de la famille a apportées à cette règle.

Section I

LA RÉCIPROCITÉ DE L'ASSISTANCE PROFESSIONNELLE

§ 1. — LE DROIT FRANÇAIS

149. — Aucune disposition du Code civil français ne vise expressément l'assistance entre époux dans l'exercice de leur profession. C'est pourquoi la question fut envisagée non pas d'un point de vue général, mais dans ses conséquences juridiques. L'assistance professionnelle crée-t-elle ou non entre époux un lien différent du lien matrimonial (5)? La nature du lien matrimonial s'oppose-t-elle à l'admission d'une véritable collaboration distincte de l'assistance conjugale?

Le droit matrimonial est d'ordre public; ainsi s'explique que la nature des rapports entre époux se soit opposée à l'admission d'autres formes juridiques de collaboration.

La prépondérance maritale s'opposait à la validité de sociétés entre époux, qui suppose l'égalité entre associés. Elle s'opposait également à la validité d'un contrat de travail entre les époux, lorsque le mari se trouvait employé de sa femme (6). Si la puissance maritale pouvait permettre d'accepter que la femme soit l'employée de son mari, la situation que la loi du 22 septembre 1942 assure à la femme dans la famille peut s'opposer à l'existence d'une subordination dérivant d'un contrat de travail.

Tels sont les problèmes pris d'un point de vue général en droit français. La question de savoir si l'obligation d'assistance professionnelle est réciproque ne semble pas avoir été comme telle soumise aux tribunaux. Le serait-elle, on chercherait en vain les raisons qui pourraient, à notre époque, conduire la jurisprudence à une négation (7).

(5) A. ROUAST, *Le droit du travail familial*, Droit social 1952, p. 154.

(6) Note ESMEIN, sous Rouen 16 juillet 1936, S. 1937.2.179.

(7) La jurisprudence a récemment admis que le mari puisse être salarié de sa femme, Civ. sec. soc. 22 octobre 1959, Droit social 1961, 96.

Le devoir de secours et d'assistance est réciproque et ce caractère ne disparaît pas selon l'objet de l'assistance.

§ 2. — LE DROIT ALLEMAND

150. — L'égalité des époux a pour effet de leur imposer des obligations semblables et réciproques. Le § 1356, alinéa 2 apparut donc contraire à l'article 3 GG dans la mesure où seule la femme mariée était tenue, sans obligation correspondante du mari. Il ne s'agissait pas d'abolir cette obligation de la femme (8), mais d'en faire une obligation réciproque (9).

Si le § 1356 alinéa 2 était en lui-même inconstitutionnel, il n'en demeurait pas moins qu'une obligation réciproque de collaboration pouvait légitimement être déduite du § 1353 car elle découle normalement de la communauté de vie (10).

Le § 1356 alinéa 2 nouveau dispose que « chaque époux est tenu de collaborer à la profession ou à l'entreprise de l'autre, dans la mesure où cela est d'usage dans les circonstances dans lesquelles vivent les époux ». Le mari est à son tour obligé de participer à l'activité de sa femme, qu'il s'agisse d'ailleurs d'une activité professionnelle, agricole, commerciale, ou qu'il s'agisse de son activité domestique (11).

Mais le législateur n'a pas pensé que le renvoi exprès à l'usage pour déterminer l'existence et l'étendue de l'obligation puisse être de nature à faire échec à une conception strictement égalitaire. M. Gernhuber (12) a souligné ce risque car il est sûr, que de nos jours encore, il est plus fréquent et il apparaît plus normal que la femme collabore à l'activité de son mari plutôt que l'inverse (13).

Quoi qu'il en soit, la question la plus discutée fut et reste celle de la nature juridique et des effets du lien unissant deux époux qui travaillent ensemble dans la même entreprise.

(8) BGH, 27 septembre 1957, FamRZ 1958, 16.

(9) BGH, 16 décembre 1953, FamRZ 1954, 81.

OLG Hamm., 30 octobre 1953, FamRZ 1955, 46.

OLG Neustadt, 4 décembre 1953, JR, 1954, 420.

(10) Arrêts cités ci-dessus.

(11) BGH, 10 novembre 1959, FamRZ 1960, 21 : « Le mari est, aux termes du § 1356 alinéa 2, tenu de collaborer aux travaux domestiques; s'il n'exerce plus de profession, sa participation doit être plus importante ». La détermination de l'étendue de l'obligation du mari devait permettre le calcul des dommages-intérêts auxquels il pouvait prétendre à la suite de la mort accidentelle de sa femme, en réparation du préjudice subi du fait de la défaillance de la femme dans les travaux domestiques.

(12) GERNHUBER, Die Mitarbeit der Ehegatten im Zeichen der Gleichberechtigung, FamRZ 1958, p. 2 435.

(13) La réciproque tend à se développer dans certains secteurs professionnels, tels le commerce, les artistes (mari impresario de sa femme).

Section II

LA NATURE JURIDIQUE
DE LA COLLABORATION PROFESSIONNELLE
ENTRE ÉPOUX ET SES EFFETS PÉCUNIAIRES

151. — Le droit familial est pauvre; il ne contient pas toujours les éléments nécessaires à la solution des problèmes posés par les rapports entre époux. La question ici étudiée va nous en fournir la preuve.

La collaboration d'un des époux à l'activité professionnelle de l'autre relève dans le principe des règles du droit de famille : il s'agit d'une des modalités d'exécution du devoir d'assistance — à ce titre elle ne peut être que gratuite (14) car elle s'intègre dans le cadre des obligations mises à la charge des époux par le mariage. De même l'époux qui ne fait que collaborer à la profession de l'autre ne participe pas de sa condition; la femme qui ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari, n'est pas commerçante (art. 4, al. 2, C. com.).

Cependant, ce principe n'a permis ni de répondre à la diversité des problèmes posés ni de satisfaire l'intention des époux qui, dans des buts variés, ont cherché à s'y soustraire (15). La règle de la gratuité n'a pas toujours paru juste et équitable. Elle n'était ressentie comme telle que lorsque cette collaboration ne dépassait pas un certain minimum au delà duquel il ne s'agit plus du devoir d'assistance. Lorsque la collaboration professionnelle a un caractère assez permanent et correspond à un véritable travail régulier, l'époux collaborateur cherche à éviter l'application du principe de droit familial, soit pour bénéficier des avantages qui lui seraient consentis en règle générale s'il travaillait pour un tiers, soit pour participer aux bénéfices de l'activité du conjoint, à la création desquels il a consacré une grande partie de son temps. Et ceci nous permet d'enrichir le concept d'égalité d'une dimension nouvelle : il n'est pas seulement juridique, il est aussi économique.

Les jurisprudences française et allemande ont résolu ces problèmes selon des techniques différentes, qui ont toujours pour conséquence d'être bâtarde sur le plan juridique, mais qui ont toutes pour but de rétablir une certaine justice.

Il apparaît donc essentiel de déterminer l'étendue de l'obligation de collaboration professionnelle (16). Tant en droit français qu'en droit allemand il s'agit là d'une question de fait dont la solution peut varier selon les espèces.

(14) RIPERT et BOULANGER, *Traité de Droit civil*, t. I, p. 794. G. BEITZKE, *Familienrecht*, p. 43. J. GERNHUBER, *op. cit.*

(15) Voir ROUAST, article précité.

(16) On doit en principe présumer qu'il y a entr'aide familiale, Civ. 19 mars 1954, D. 1954, 329.

152. — Ainsi, afin de distinguer si l'époux qui fournit à son conjoint une certaine quantité de travail accomplit un travail professionnel lui permettant de bénéficier des avantages sociaux des salariés ou s'il remplit son devoir d'assistance, la jurisprudence française recherche dans chaque cas si le travail est exercé de façon professionnelle, effective et constante (17).

La jurisprudence allemande se réfère aux usages et aux conditions de vie des époux pour savoir si le travail entre ou non dans le cadre de l'obligation de « *Mitarbeit* » (18).

Différents éléments, tels que la situation sociale et matérielle, le nombre d'enfants, la nature du travail, sont pris en considération pour juger si la collaboration reste dans l'usage ou au contraire le dépasse.

Cependant la pratique allemande et française démontre qu'il est souvent injuste de maintenir la collaboration professionnelle entre époux dans le cadre de l'obligation d'assistance : si la femme, par exemple, est associée à l'entreprise de son mari et y exécute un travail régulier, il a paru normal qu'elle soit également associée aux bénéfices réalisés par le mari. Pour résoudre techniquement ce problème, les tribunaux allemands et français ont eu recours au droit des contrats en admettant soit l'existence de contrats de travail, soit celle de sociétés entre époux. Mais une difficulté surgit qui tient au fait que le droit des obligations n'est pas conçu pour régir des rapports qui demeurent, en tout état de cause, des rapports conjugaux. Deux époux ne contractent pas comme deux personnes étrangères entre elles; ils n'ont ni la même intention, ni le même but. Par conséquent, les règles du droit civil des obligations vont parfois être écartées et le contrat entre époux, dénaturé, altéré par rapport à la notion classique de contrat (19). Cependant, faute de pouvoir trouver, dans le droit familial, des règles satisfaisantes qui permettent de régir la variété des rapports conjugaux, on se réfère au droit des obligations que l'on applique par analogie (20) ou directement, quitte à le déformer. La même difficulté se présente en droit français et en droit allemand.

Le droit allemand admet que des époux puissent déroger de la règle de la gratuité de la collaboration professionnelle. Les donations

(17) Commission régionale d'appel de Sécurité sociale, Lille, 13 novembre 1950, D. 1951, Somm. 20, G.P. 1951.1.146, Com. rég. appel Séc. soc. Paris, 25 juin 1958, Somm. D. 54, J.C.P. 1959. II. 10.964. Ch. FREYRIA, *op. cit.*, n° 15.

(18) RG, 18 janvier 1906, RGZ 62.295 (« pour savoir si la collaboration est d'usage, il ne faut pas se référer seulement à l'état du mari, mais aux conditions générales de vie des époux, économiques et sociales »), BGH, 22 mai 1963, FamRZ 1963.429.

(19) P. JULIEN, *op. cit.* Telle est la thèse soutenue par cet auteur.

(20) Il est fréquent que l'on sous-entende certains rapports contractuels entre époux. La jurisprudence fait souvent appel à la notion de mandat tacite, en dehors du pouvoir domestique; notamment lorsque la femme participe à l'exploitation du commerce de son mari, elle doit être considérée comme investie d'un mandat tacite qui oblige le mari. Paris, 4 juin 1869, D.P. 1870.2.62; Douai 21 novembre 1849, D.P. 1850.5.315.

rémunératoires étaient admises et fréquentes en pratique (21), et les époux pouvaient convenir d'une rémunération. Mais les tribunaux ont apporté d'autres brèches plus importantes, en admettant la validité, et même en sous-entendant l'existence de contrats de travail ou de sociétés entre époux.

§ 1. — LA COLLABORATION PROFESSIONNELLE ET LE CONTRAT DE TRAVAIL

A. — LE DROIT FRANÇAIS (22)

153. — Aucune disposition n'interdit expressément la conclusion de contrat de travail entre époux. Mais la nature des rapports conjugaux peut-elle s'accommoder de l'existence d'un contrat de travail? Même si on admet que le mari est chef de famille, le lien qui unit patron et salarié est d'une nature essentiellement différente de celui qui unit deux époux.

Comme l'avait déjà dit M. Voirin : « L'obstacle auquel va se heurter le contrat de travail entre époux et entre les parents et leurs enfants mineurs, se trouve dans une idée commune aux puissances paternelle et maritale, compte tenu de l'évolution historique qu'elles ont subie. Tandis que le contrat de travail établit un rapport de subordination dans l'intérêt égoïste du patron, les puissances familiales en font naître un autre dont la finalité est différente... La finalité des deux rapports de dépendance diverge : entre eux s'accuse ainsi un antagonisme profond qui s'oppose à leur coexistence » (23).

Et à sa suite M. Julien peut à juste titre affirmer que : « lorsqu'un époux collabore avec l'autre à l'accomplissement d'une tâche commune, il manifeste plus son désir de participer à la prospérité commune du ménage que de réaliser un bénéfice personnel... c'est toujours dans le cadre de la famille que ce travail est exécuté » (24). De plus, sur le terrain psychologique, l'époux qui collabore à l'activité de l'autre n'a pas la qualité morale de salarié. Les époux sont des associés et cela demeure (25). Le contrat qui vise à la satisfaction de deux intérêts

(21) R. WAGENBAUR, Zur Frage der vermögensrechtlichen Ansprüche des mitarbeitenden Ehegatten, FamRZ 1958, 3985; K. LEHMANN, Die Mitarbeit der Ehefrau im Unternehmen des Ehemannes, Die Steuerberatung, 1958, 41 s.

(22) M. FRÉJAVILLE, Les limites de la liberté contractuelle dans les rapports entre époux et futurs époux, Cours de Doctorat de Droit civil approfondi, 1952-53, Paris. M. ROUAST, article présenté.

(23) P. VOIRIN, note sous Dijon, 7 février 1928, D.P. 1928.2.169.

(24) *Op. cit.*, p. 65 s.

(25) Comm. 1^{re} instance Séc. soc. Yonne, 13 octobre 1951, G.P. 1951.2.360 : « Attendu qu'il est certain que la femme du patron qui travaille dans l'entreprise n'a jamais le comportement d'une simple salariée étrangère à la famille, qu'elle jouit, du fait des liens qui l'unissent à l'employeur, d'une certaine indépendance, voire d'une certaine autorité morale sur les autres membres du personnel ».

personnels et divergents n'a pas de place entre époux associés. Il se trouve altéré à un point tel que cette altération conduit à la nullité.

La doctrine française demeure pourtant divisée (26) et la jurisprudence ne paraît pas claire.

Les tribunaux civils semblent avoir plutôt éludé le problème notamment dans les demandes d'indemnité faites par un époux à l'autre à la dissolution du ménage, sur la base du travail fourni pendant le mariage (27). La question a rebondi devant les juridictions sociales, saisies de demandes d'affiliation à la Sécurité sociale du conjoint. Leur tendance est de restreindre les cas d'existence d'un contrat de travail en exigeant des preuves lourdes et en qualifiant le plus souvent la participation professionnelle d'un conjoint à l'entreprise de l'autre époux d'entraide familiale et non de travail professionnel (28).

B. — LE DROIT ALLEMAND

154. — Le contrat de travail entre époux n'est pas nul et les époux peuvent librement décider que la collaboration sera rémunérée, même si les époux demeurent dans le cadre de l'usage (29)

Mais il est rare que des époux concluent expressément un contrat de travail et le problème s'est posé de savoir si une relation de travail pouvait être présumée lorsqu'à la dissolution du ménage le conjoint réclamait le paiement de sommes équivalentes au travail fourni. Le Reichsarbeitsgericht a fréquemment affirmé l'existence de relations de travail entre époux (30). Mais cette jurisprudence ne fut pas approuvée par la doctrine pour les raisons que nous avons exposées, à savoir l'incompatibilité entre la condition d'époux et la condition de contractant (31).

Le problème s'est à nouveau posé, non pas en matière de Sécurité sociale comme en France, mais à propos des effets fiscaux des contrats

(26) Pour la nullité, P. VOIRIN, note précitée, LAGARDE, note sous Rouen, 16 juillet 1936, D.H. 1936.580; RIPERT et BOULANGER, *Traité de Droit civil*, t. I, p. 794; G. TIRET, *Les relations juridiques du travail à l'intérieur de la famille*, thèse Paris, 1941; pour la validité : P. DURAND, *Traité du droit du travail*, t. II, p. 277.

(27) Rouen, 16 juillet 1936, précité. Cass. soc. 25 novembre 1953, *Droit social*, 1944.111, pour l'admission du contrat de travail sans rechercher l'existence d'un salaire, Civ. 30 juin 1960, *Droit social* 1961, 575.

(28) Voir notamment la jurisprudence relative à la situation des conjoints de gérants de dépôts de sociétés à succursales multiples, Comm. rég. appel Séc. soc. Paris, 25 juin 1958, D. 1958, Som. 154, G.P. 1958.2.275. Paris, 2 juillet 1959, G.P. 1959.2.317, Civ. 19 mars 1954, précité; pour le refus d'affiliation à la Sécurité sociale du conjoint, voir Civ. 14 avril 1956, *Droit social*, 1956.450, Civ. 19 mars 1954, *Droit social* 1955.133.

(29) Das bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, t. IV, § 1356, note 22, BVerfG, 24 janvier 1962, FamRZ 1962, 100. La question de la validité des contrats de travail par rapport à l'égalité des époux n'a pas été posée aux tribunaux allemands.

(30) RAG 7, 244; 18.281; 20.50; 20.151; 20.272.

(31) NIKISCH, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, 2^e éd., t. I, § 14, p. 07, HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, 6^e éd., 1955, t. I, § 9, p. 39.

de travail entre époux et de l'imposition des revenus du salaire du conjoint collaborateur. Le Bundesfinanzhof rendit sur ce point deux importants arrêts, qui rejoignent les conclusions de la jurisprudence française. Dans un premier arrêt (32) du 29 septembre 1956, la Cour affirma que les contrats de travail entre époux étaient dépourvus d'effets fiscaux, bien qu'ils soient valables sur le terrain du droit civil. Le second arrêt (33), en date du 3 décembre 1957, garde la même position de principe, mais admet que lorsqu'une relation de travail sérieuse et effective existait, elle devait être prise en considération par le droit fiscal. Une telle relation existe « lorsque l'époux qui participe à l'entreprise de l'autre n'y a pas une position différente de celle d'un salarié étranger ». Les motifs de cette jurisprudence sont clairs : le principe de l'« imposition individuelle » ne doit pas avoir pour effet de traiter, du point de vue fiscal, deux époux comme deux personnes indépendantes de telle sorte que les contrats de travail passés entre eux soient sans restriction pris en considération par le droit fiscal. Si les époux demeurent libres de conclure des contrats, ceux-ci doivent être interprétés en fonction de la qualité des co-contractants et le droit familial prime le droit contractuel en ce domaine. Les contrats entre époux n'ont pas le même sens et ne peuvent produire les mêmes effets que ceux passés entre personnes étrangères. Par exemple, il n'est pas conforme au droit conjugal que l'un des époux puisse, comme un patron ou un salarié ordinaire, faire valoir en justice les droits qu'il tient du contrat. La notion de « salarié » a en droit fiscal un sens précis qui n'est pas adapté à la situation d'un époux dont l'indépendance n'existe pas. Cependant, quelles que soient les particularités d'un contrat de travail entre époux, elles ne doivent pas avoir pour effet de situer les époux dans une situation fiscale plus défavorable que s'il s'agissait de contractants ordinaires (34).

Ainsi il apparaît tant en droit allemand qu'en droit français, que le contrat de travail entre les époux ne permet pas de rendre compte de leur qualité d'associés. C'est pourquoi le droit allemand a cherché, sur un autre terrain, une solution au problème que pose la participation de l'époux qui collabore à l'entreprise de son conjoint, aux bénéfices réalisés par le travail commun.

§ 2. — LA COLLABORATION PROFESSIONNELLE ET LES SOCIÉTÉS ENTRE ÉPOUX

A. — LE DROIT ALLEMAND

155. — Nous sommes ici en présence d'une solution originale du droit allemand. Les tribunaux allemands n'ont pas, comme les français, trouvé d'obstacle à l'admission des sociétés entre époux,

(32) BFinH NJW 1957, 278.

(33) BFinH, NJW 1958, 359.

(34) BVerfG, 24 janvier 1962, FamRZ 1962.100.

dans la qualité du mari chef de famille ni dans l'immutabilité du régime matrimonial. Ils n'ont d'ailleurs été amenés à intervenir qu'à la dissolution du ménage au moment du partage des bénéfices réalisés par le travail des deux conjoints au sein de la même entreprise. Et ils ont trouvé dans la notion de « *Innengesellschaft* » (société interne) un moyen technique commode pour réaliser un partage des bénéfices, qui leur paraissait à juste titre conforme à la justice et à la qualité d'associés des époux.

Lorsque l'un des époux a collaboré à l'entreprise de l'autre au delà de l'obligation d'entraide professionnelle, un partage des gains et bénéfices est justifié, car, selon l'expression de la jurisprudence allemande, la collaboration effective accomplie dans une proportion supérieure à ce que l'usage exige, crée entre époux une société tacite (*Stillschweigende Innengesellschaft*) (35).

Cette jurisprudence s'est d'abord affirmée lorsque les époux étaient mariés sous le régime de la séparation de biens; il paraissait particulièrement injuste que la femme ne profite en rien de son travail (36). Puis, les tribunaux ont étendu cette solution aux époux mariés sous le régime légal (37). Cette jurisprudence ne s'est pas démentie. Un arrêt du BGH semble l'avoir désormais fixée (38). Et il reçut l'accord unanime de la doctrine (39). Il est conforme à la nature de la communauté conjugale que les époux participent aux résultats de leur travail commun (40).

S'il n'est pas nécessaire que les époux aient eu conscience que leurs rapports étaient ceux d'associés (41), il importe néanmoins qu'ils aient eu l'intention de collaborer à une tâche commune distincte de la simple exécution des devoirs conjugaux issus de la communauté conjugale (42). Il faut donc rechercher, en fonction des intérêts réciproques des époux et de la nature des rapports conjugaux, si l'époux qui participe à l'activité de l'autre le fait seulement en exécution d'un devoir conjugal ou au contraire s'il est associé à son conjoint pour la réalisation d'un but commun. Mais si la collaboration s'intègre dans le cadre du régime matrimonial, il n'y a pas lieu d'admettre l'existence d'une société tacite (43).

(35) H. KRÜGER, *Gleichberechtigungsgesetz*, § 1356, n° 243.

(36) Note SCANCONI sous RG JW, 932, 1349 qui qualifia le § 1356 alinéa 2 de « disposition sur le maintien de l'esclavage » et montra l'injustice qu'il y avait à rendre ainsi la femme servante de son mari ». BGH 25 mars 1954, MDR 1954, 537.

(37) BGH, 15 janvier 1958, FamRZ, 1960, 104.

BGH, 28 octobre 1959, NJW 1960, 428.

(38) BGH, 20 décembre 1952, BGHZ 8.249, NJW 1953, 418. « Lorsqu'une femme mariée collabore au commerce de son mari au-delà du cadre du § 1356 alinéa 2, un contrat tacite de société peut exister. Si l'entreprise est dirigée par et au nom du mari, il s'agit d'une société interne ».

(39) REINICKE, NJW 1953, 682. ARNOLD, DRIZ 1953, 81. SCHEFFLER, DRIZ 1953, 88.

(40) Voir aussi OLG Hamm, 30 octobre 1953, FamRZ 1955, 46.

(41) BGH, 15 janvier 1958, FamRZ 1960, 104.

(42) BGH, 23 février 1961, FamRZ 1961, 301. BGH, 28 octobre 1959, NJW 1960, 428.

(43) BGH, 28 octobre 1959 précité.

Ces arrêts concernent tant la collaboration de la femme à l'entreprise du mari que celle du mari à l'affaire de la femme (44). Le Bundesgerichtshof a cependant tranché l'option entre société tacite ou contrat de travail, lorsqu'il s'agit de la participation de la femme, en décidant que si cette participation demeure dans le cadre de l'usage, la femme ne peut être considérée comme l'employée du mari, mais seulement comme une associée à condition que les éléments d'une société tacite existent (45). Il semble que cet arrêt ait supprimé la condition antérieurement imposée que le travail de la femme dépasse la mesure de son obligation familiale (46).

En ce qui concerne le partage à la dissolution, les tribunaux s'inspirent donc du droit des sociétés (§§ 705 s. BGB) qu'ils tentent d'adapter au droit familial. Cette adaptation peut donc appeler des solutions particulières rendues nécessaires par le fait que les associés sont des époux (47), et qu'il y va de l'intérêt d'une famille (48).

B. — LE DROIT FRANÇAIS

156. — Jusqu'à l'ordonnance du 19 décembre 1958, les sociétés entre époux étaient frappées de nullité (49); on voit donc qu'une jurisprudence semblable à celle élaborée par les tribunaux allemands eût été inadmissible en France. Sans revenir sur les motifs de la jurisprudence française, qui prononçait la nullité des sociétés entre époux soit pour atteinte à la situation prépondérante du mari soit pour atteinte à l'immutabilité des conventions matrimoniales, ni sur les limites de cette nullité selon la nature de la société constituée, il nous paraît utile de confronter à la jurisprudence allemande l'attitude des tribunaux français quant à la liquidation de ces sociétés afin de voir si, outre et au delà du régime matrimonial, l'époux qui collabora à l'entreprise de son conjoint reçoit une participation aux bénéfices réalisés.

Si on déduit des articles 1395 et 1595 du Code civil que le principe d'immutabilité des conventions matrimoniales ne se borne pas à une obligation générale de respecter le cadre du régime, mais qu'il interdit de modifier la composition des patrimoines des époux, la société

(44) BGH, 21 septembre 1961, FamRZ 1961, 522.

(45) BGH, 5 octobre 1960, FamRZ, 1961, 213.

(46) Sur la tendance de la jurisprudence allemande à sous-entendre des rapports de société entre époux, voir BGH, 19 février 1951, NJW 1951, 352 (Les époux peuvent conclure tacitement une convention de société pour la propriété d'un immeuble). BGH, 14 octobre 1959, FamRZ 1960, 58.

(47) BGH, 28 octobre 1959, NJW 1960, 428.

(48) LG Hamburg 21 février 1957, MDR 1957, 419.

(49) Cette matière fit l'objet de nombreuses et remarquables études, voir notamment FRÉJAVILLE, Cours précité, J. HÉMAR, Les contrats à titre onéreux entre époux, RTDC 1938, 671; L. MAZEAUD, De la liquidation des sociétés entre époux, Rev. crit. de légis. et jurispr. 1928, 291, M. VASSEUR, La problème des sociétés entre époux après l'arrêt de la Cour de Paris du 7 décembre 1954, RTD Com. 1955.219. Le problème s'est posé en termes différents à la suite de l'arrêt de la Cour de Paris, 7 décembre 1954, JCP 1955.II.8526 note SOLUS, D. 1955.353 note RIPERT.

créée entre eux est nulle, mais sera-t-elle liquidée comme société de fait ou n'en tiendra-t-on aucun compte, auquel cas la liquidation se fera sur la base du seul régime matrimonial (50)? La jurisprudence française considère, malgré le caractère absolu de la nullité, que les sociétés entre époux doivent être liquidées, soit à titre de société de fait, soit comme communauté d'intérêts (51). La Cour de cassation a toujours tenu compte des rapports de fait créés entre époux, différents de leurs rapports issus du mariage; le règlement devait se faire entre ces prétendus associés « sans que l'un s'enrichisse au détriment de l'autre » (52). Quelles que soient les différentes interprétations de la jurisprudence, dans le détail desquelles il nous est impossible d'entrer, il semble que la liquidation a lieu, après la reprise des apports, en équité : les tribunaux ont appliqué l'article 1853 du Code civil à titre de règle d'équité et non de règle supplétive de volonté (53).

Cette règle d'équité permet, en conséquence, de tenir compte du régime matrimonial et du fait que les associés sont des époux, de même que la jurisprudence allemande admet que cette considération peut conduire à déroger aux règles des sociétés pour le partage des bénéfices.

Il sera intéressant d'analyser la jurisprudence française après l'ordonnance de 1958 pour voir dans quelle mesure la validité des sociétés entre époux pourrait conduire les tribunaux à admettre l'existence d'une société tacite lorsque deux époux ont collaboré ensemble à une même activité.

157. — Cependant l'application des règles du droit des contrats s'adapte mal à des conjoints et ce n'est qu'à défaut des règles issues du droit proprement familial que l'on s'y réfère.

Or c'est justement cette difficulté de couler les rapports conjugaux dans le moule du droit contractuel qui a appelé les critiques de la doctrine allemande et ses tentatives de constructions nouvelles.

Si cette jurisprudence satisfait un postulat d'équité, elle demeure peu ou mal équilibrée, car elle ne puise dans le droit des contrats que ce qui lui paraît de nature à résoudre ces problèmes.

C'est pourquoi des auteurs comme J. Gernhuber (54) et K. Lehmann (55) ont cherché une solution dans les seules règles du droit

(50) Affaire Templier, Civ. 3 juillet 1917, S. 1921.1.201, note NAQUET. Il s'agissait d'une société créée de fait hors de tout statut par deux époux séparés de biens pour l'exploitation d'un fonds de commerce appartenant à la femme. FRÉJAVILLE, Cours précité, L. MAZEAUD, article précité, J. HÉMARD, Les sociétés de fait en droit français, Trav. de l'Ass. H. CAPITANT, t. XI, 1957, p. 131.

(51) Civ. 13 juillet 1917, précité, « Cette nullité n'empêche pas qu'une telle société, alors qu'ailleurs qu'elle a un but licite, ne produise des rapports de fait analogues aux rapports de droit qu'aurait pu faire naître l'existence d'une société régulière et pouvant donner lieu à une liquidation conformément aux règles suivies en matière sociale ».

(52) Req. 11 avril 1906, D. 1908.1.284.

(53) FRÉJAVILLE, Cours précité.

(54) Article précité.

(55) *Op. cit.*

de la famille afin de maintenir l'harmonie et, par là même, l'autonomie de ces deux ordres juridiques. Selon eux, le § 1356 BGB impose une obligation, mais on ne peut en déduire la gratuité; de plus, cette obligation ne s'impose jamais qu'à un seul époux, le mari ou la femme. Or l'autre époux, le bénéficiaire de la collaboration, peut se trouver tenu de rémunérer le travail sur le seul fondement du § 1353 BGB; la seule communauté conjugale exige une participation aux bénéfices, sans qu'il soit nécessaire de situer la question sur le terrain du droit des sociétés; et ces auteurs de déplorer que la loi du 17 juin 1957 n'ait pas réglementé plus précisément la matière et admis clairement et contre la jurisprudence que la clause générale du § 1353 BGB puisse aussi régir les rapports patrimoniaux des époux (56).

Aussi séduisantes que soient ces thèses, elles demeurent d'une application pratique délicate car le § 1353 ne donne au juge aucun critère technique lui permettant d'opérer le partage en dehors de l'équité sinon de l'arbitraire (57).

158. — D'un point de vue sociologique, la question du travail familial est intéressante en ce qu'elle témoigne des modifications de la structure et du rôle de la famille. De nos jours la famille a cessé d'être en règle générale une unité de production pour n'être plus qu'une unité de consommation. Cependant dans certains secteurs professionnels, comme le petit commerce, l'artisanat et l'agriculture, il est fréquent qu'elle reste un centre de production. Mais le travail accompli par les membres de la famille n'est plus ressenti comme l'exécution d'une tâche familiale. « La vie du ménage n'absorbe pas toute l'activité des gens mariés; l'évolution des mœurs en sépare ce qui touche à l'exercice d'une profession, encore que l'exercice de cette profession fasse vivre le ménage » (58). Ainsi les problèmes que l'on résolvait à l'aide de la notion de puissance maritale ou des règles des régimes matrimoniaux, ne peuvent plus l'être actuellement par les seules dispositions du droit de la famille, sauf à enrichir ce dernier de techniques et concepts nouveaux, qui permettront mieux de rendre compte des exigences de notre société. D'une part, la femme ne peut plus être considérée comme la servante de son mari; l'équité exige qu'elle participe aux bénéfices réalisés par l'association conjugale. Cela signifie non pas qu'elle est intéressée d'un point de vue personnel et égoïste (en ce sens la notion de salaire s'applique mal aux rapports conjugaux) mais seulement que sa qualité d'associée justifie une participation aux gains selon la mesure de son travail. Il en est inévitablement de même lorsque le mari travaille dans une exploitation gérée par la femme.

(56) En faveur de cette théorie jouait aussi l'argument suivant : elle permet, lorsqu'il y a communauté de travail, de réaliser une communauté correspondante des biens et de corriger le principe de séparation des patrimoines imposé par le nouveau régime matrimonial légal.

(57) Pour une critique, voir WAGENBAUR, *op. cit.*

(58) ROUAST, article précité.

Quoi qu'il en soit, ces constructions jurisprudentielles et doctrinales démontrent la pauvreté du droit de la famille, mais manifestent que les époux sont d'abord et avant tout associés l'un à l'autre au sein d'une même communauté (59). Mais cette communauté doit permettre d'affirmer l'unité du ménage.

(59) Une telle idée n'est pourtant pas toujours acceptée, notamment en milieu rural. Voir sur ce point, Commission paritaire du canton de Limay, 2 juillet 1946, D. 1947.14, note VOIRIN. La femme d'un preneur, bien que participant au travail de la ferme, n'est pas une véritable associée, et ne peut donc exercer le droit de préemption après la renonciation du mari à ce droit.

CHAPITRE III

Les présomptions de propriété

159. — L'unité du ménage résulte de l'association et de la solidarité des époux. Cette unité apparaît essentiellement vis à vis des tiers. Sur ce fondement on doit admettre que le tiers contractant de l'un des deux conjoints ait pour gage de sa créance les biens meubles du ménage sans avoir à faire la preuve que les biens qu'il veut saisir appartiennent, en propre, au conjoint débiteur. Tel est le but des présomptions de propriété. Ces présomptions ont, en droit français et en droit allemand, une origine et un domaine semblables mais une étendue différente.

Section I

LES PRÉSUMPTIONS DE PROPRIÉTÉ EN DROIT FRANCAIS

160. — Afin de ne commettre aucune confusion, nous laisserons de côté le rôle que jouent, dans la dissolution du régime matrimonial et le partage des biens entre époux, les présomptions conventionnelles de propriété incluses dans les contrats de séparation de biens.

Nous négligerons donc la question de la preuve par présomptions de la propriété des biens dans les rapports des époux entre eux pour envisager l'effet des présomptions de propriété à l'égard des tiers seulement.

Le Code civil n'a pas reproduit la présomption mucienne selon laquelle les biens acquis par une femme mariée étaient présumés l'avoir été avec les deniers du mari et, comme tels, tombaient sous

la saisie des créanciers du mari (1). Cependant, même en l'absence de toute présomption légale de propriété, les créanciers de l'un des époux peuvent aisément tirer profit du caractère équivoque de la possession des biens par les époux durant le mariage. Le mariage, quel que soit le régime matrimonial, crée une communauté de biens du moins quant à leur usage, notamment en ce qui concerne les biens meubles. L'unité que représente le ménage à l'égard des tiers fait donc échec au droit individuel de propriété des époux. Contrairement à la présomption mucienne, les clauses conventionnelles de propriété ont pour but non seulement de faciliter la reprise des biens à la dissolution du mariage mais aussi de soustraire aux créanciers de l'un des époux les biens de l'autre conjoint qui, sur le fondement de caractère équivoque de la possession, font partie de leur gage général.

§ 1. — LES PRÉSOMPTIONS CONVENTIONNELLES

161. — Le problème s'est posé de savoir si ces clauses avaient effet à l'égard des tiers. Sont-elles opposables aux créanciers des époux? Certaines décisions ont statué en ce sens (2).

Cependant, la clause crée un titre de propriété et des arrêts plus récents l'ont déclarée opposable aux créanciers (3). Cependant la force accordée par les tribunaux à ces présomptions conventionnelles témoigne de leur faiblesse même. Elles ne valent que comme simples présomptions de fait car si elles avaient pour effet de faire peser sur le créancier la charge de la preuve du droit de propriété, celui-ci serait la plupart du temps dans l'impossibilité matérielle de la fournir. C'est pourquoi les juges se réservent un large pouvoir d'appréciation, la clause n'étant qu'un élément d'appréciation parmi d'autres (4).

Ainsi la communauté de vie entraîne une confusion des biens et il appartient au conjoint du débiteur de faire la preuve de sa propriété des biens légitimement saisis sur la base du caractère équivoque de la possession (5).

De toutes façons, de telles clauses de présomption de propriété ne sauraient avoir pour effet de détruire les présomptions légales de propriété.

(1) Req. 18 mai 1897, D. 1887.1.407, S. 1901.1.491, PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. IX, n° 1 138.

(2) Paris, 29 janvier 1897, D. 1898.2.151, en ce sens également NAST, 1^{re} éd. du *Traité pratique de Droit civil français*, t. IX, n° 1 012.

(3) Paris, 7 janvier 1957, D. 1957, Somm. p. 42; SAVATIER, *Les clauses de présomption de propriété dans le régime de séparation de biens*, Rép. gén. de notariat, 1934, n° 24 006, p. 741.

(4) Civ. 31 janvier 1951, S. 1951.1.192.

(5) La copossession fait présumer la copropriété, Civ. 31 janvier 1951, Bull. civ. 1951.I.n° 44, p. 36, Civ. 25 janvier 1953, Bull. civ. 1953.I.n° 38, p. 35, Req. 13 décembre 1943, S. 1944.1.109. Le projet de réforme des régimes matrimoniaux s'inspire de ces solutions en les précisant.

§ 2. — LES PRÉSUMPTIONS LÉGALES

162. — Si la présomption mucienne a disparu de nos institutions civiles, elle demeure en matière commerciale. Le Code de commerce, dans ses articles 559 et 560, la renouvelait à l'encontre de la femme d'un commerçant failli. « Sous quelque régime qu'ait été formé le contrat de mariage, la présomption légale est que les biens acquis par la femme du failli appartiennent à son mari, ont été payés de ses deniers, et doivent être réunis dans la masse de son actif sauf à la femme à fournir la preuve contraire ». Cette preuve contraire était difficile car elle devait être rapportée par acte authentique, selon l'article 1499 du Code civil. Ainsi les biens acquis par les époux pendant le mariage sont censés être la propriété du mari.

Cette situation, fort préjudiciable aux intérêts personnels de la femme a été modifiée par le décret du 20 mai 1955 dans le sens de l'égalité des époux. La présomption mucienne n'a pas été abolie, elle est devenue réciproque; l'article 106 du décret dispose désormais que « les biens acquis pendant le mariage par le conjoint du commerçant sont présumés l'avoir été par le commerçant failli avec des deniers provenant de l'exercice du commerce et doivent être réunis dans la masse de son actif sauf preuve contraire administrée par écrit » (6).

Outre l'intérêt que présente cette disposition pour les créanciers d'un époux, elle témoigne d'une sorte d'indivisibilité des biens des époux à l'égard des tiers créanciers. Et c'est la loi elle-même qui accroît l'incertitude des acquisitions réalisées pendant le mariage si l'un des époux est commerçant (7).

Si en droit français la loi ne confond les biens des époux qu'en matière commerciale, le droit allemand en fait une règle générale du mariage.

Section II

LES PRÉSUMPTIONS DE PROPRIÉTÉ EN DROIT ALLEMAND

163. — L'étendue de la présomption mucienne est, en droit allemand, beaucoup plus grande qu'en droit français.

La présomption trouve son fondement dans la communauté de vie et dans la confusion des biens qui en résulte. Aux yeux des tiers, les biens des époux ne forment qu'une seule et même masse, quel

(6) La loi du 29 avril 1924 avait facilité la preuve contraire en admettant qu'elle pouvait être faite selon les règles du droit commun, interprété comme le droit commun des obligations.

(7) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, nos 1138 et 1170.

que soit le régime matrimonial adopté par les époux. Elle s'applique donc en matière civile et est devenue réciproque par application du principe d'égalité des époux.

§ 1. — LE FONDEMENT DES PRÉSOMPTIONS MUCIENNES

164. — Bien que cette présomption puise sa technique dans le droit romain et que, par suite de sa réception en Allemagne, elle ait pénétré les institutions germaniques, son fondement demeure coutumier et réside dans la communauté de vie. Le droit allemand de la famille reste, malgré un code très savant, plus proche des traditions coutumières nous semble-t-il et de ce fait, plus spécifiquement communautaire que le droit français. La possession commune des biens meubles acquis par l'un ou l'autre époux fait qu'ils appartiennent en quelque sorte aux deux. Ils sont possédés en commun sans qu'il soit possible ni souhaitable d'individualiser leur véritable propriétaire (8).

La possession commune et leur utilité commune leur confèrent la qualité de biens communs. La jurisprudence a justifié cette réalité de la vie conjugale en recourant à la notion de société tacite. Le mariage n'établit pas seulement une communauté de personnes, mais une communauté pour l'usage des biens nécessaires à la vie. Les époux sont associés à leur possession quel que soit celui des époux qui a acquis le bien en question.

Il s'agit donc d'une sorte de propriété collective analogue à la propriété d'un patrimoine social. Les tribunaux allemands décident qu'à l'égard des biens meubles du ménage les époux sont associés par un « *Gesellschaftsähnliches Verhältnis* » (9). Ainsi que le pense J. W. Bosch, celui des époux qui achète un bien utile au ménage « n'agit pas en tant qu'individu, mais comme membre de la communauté conjugale » (10). De même, la jurisprudence affirma le droit de copossession du logement du ménage dont la propriété n'appartient qu'à un seul (11). Ce droit ne trouve son fondement que dans la communauté de vie qui est en elle-même une sorte de société.

Ainsi, malgré le régime matrimonial qui règle en général la propriété des biens, malgré le principe que le bailleur de fonds devient propriétaire du bien acquis, la nature même de la société conjugale

(8) H. ALEBRAND, Die Bildung von Gesamtgut der Ehegatten am Hausrat gemäss § 1353 BGB abs. 1., FamRZ 1955, 348. B. KREMER, Besitz und Besitzberechtigung der Ehegatten an Hausrat und Ehwohnung, thèse Bonn, 1956.

(9) L. G. GÖTTINGEN, 2 décembre 1954, FamRZ 1955, 174, n° 190 : « En principe les biens (Hausrat) acquis pendant le mariage, même s'ils l'ont été principalement par l'un des époux, appartiennent en commun aux deux époux, compte tenu de l'existence entre les conjoints de rapports analogues aux rapports d'associés ». Confirmé en appel par OLG Celle 10 juillet 1955, NJW 1955, 671.

(10) Zur Neuordnung des ehelichen Güterrechts, FamRZ 1954.

(11) BGH, 26 février 1954, FamRZ 1954, 198.

BGH, 19 février 1951, NJW 1951, 352.

BGH, 30 septembre 1954, NJW 1955, 20.

répugne à admettre l'existence de droits individuels et absolus quant à la propriété des biens d'usage commun. Nous retrouvons ici le problème évoqué précédemment relatif à l'inadaptation des règles du Droit civil classique aux rapports de famille, surtout en l'absence de règles conventionnelles. Ceci fut affirmé à propos des contrats, le droit allemand en confirme la véracité à propos des droits réels.

La communauté de biens meubles étant réalisée entre époux, il est dès lors tout naturel que les tiers puissent en tirer profit et qu'à leurs yeux les biens-meubles situés au domicile conjugal soient censés appartenir à l'époux débiteur. Tel est le but des présomptions légales de propriété.

§ 2. — LA RÉCIPROCITÉ DES PRÉSUMPTIONS LÉGALES DE PROPRIÉTÉ

165. — Le § 1362 BGB, alinéa 1, disposait qu'« il est présumé au profit des créanciers du mari que les biens mobiliers qui se trouvent en la possession de l'un des époux ou des deux, appartiennent au mari ». L'alinéa 2 présumait au contraire que les objets d'usage exclusivement personnel, tels que les vêtements, bijoux et instruments de travail appartenaient à la femme; d'une part, la présomption était unilatérale au seul préjudice de la femme (cela s'expliquait par le fait que sous le régime légal le mari répondait en principe des dettes de sa femme); d'autre part, la destination du bien déterminait l'étendue du gage général des créanciers du mari (12).

Cette situation ne pouvait se prolonger et la jurisprudence déduisit du principe d'égalité des époux, le caractère réciproque des présomptions de propriété (13). La doctrine approuva ces décisions sans réticence (14). Et la loi du 17 juin 1957 en confirma le contenu. Le § 1362 BGB nouveau dispose :

« Il est présumé en faveur des créanciers du mari et des créanciers de la femme que les biens mobiliers qui se trouvent en la possession d'un des époux ou des deux appartiennent au débiteur. Cette présomption ne s'applique pas lorsque les époux vivent séparément et que les biens se trouvent en la possession de l'époux non débiteur » (15).

L'époux non débiteur dont les biens sont saisis peut faire tomber la présomption en rapportant la preuve de sa propriété.

De même en matière commerciale, une présomption semblable

(12) PALANDT-LAUTERBACH, Kommentar zum BGB, § 1362.

(13) AmtsG Siegburg, 12 janvier 1954, FamRZ 1955, 104, BGH, 30 septembre 1954, FamRZ 1955, 42 et NJW 1955, 20.

(14) ARNOLD, Angewandte Gleichberechtigung, § 1362, Beitzke, Familienrecht, 2^e éd., p. 52.

(15) L'exclusion de la présomption en cas de séparation est une nouveauté de la loi d'égalité, préparée par la jurisprudence. Elle montre que le fondement de la présomption est bien la communauté de vie qui entraîne usage commun et par suite confusion des biens.

joue à l'encontre de l'époux commerçant en état de faillite. Elle est aussi devenue réciproque, comme en droit français. Mais en matière commerciale, la preuve de la propriété ne suffit pas à détruire la présomption. Le conjoint du failli doit prouver en outre que les biens n'ont pas été acquis avec les deniers du failli, et ceci même pour les biens d'usage personnel (16).

Une efficace protection des tiers créanciers est donc établie par le jeu de ces présomptions.

166. — En conclusion, il ressort de l'étude de ces effets généraux du mariage, que le principe d'égalité en faisant apparaître le caractère essentiellement réciproque des obligations patrimoniales issues du mariage est de nature à renforcer la communauté conjugale. Les époux sont associés pour le meilleur et pour le pire; subissant les mêmes obligations, ils profitent aussi des mêmes chances.

Cependant, si ces effets généraux du mariage sont peut-être les principaux car ils découlent inévitablement de la communauté conjugale, ils peuvent être complétés ou modifiés par le jeu des règles des régimes matrimoniaux.

(16) § 45 KO (Konkursordnung) « Le conjoint du failli ne peut reprendre les biens qu'il a acquis pendant le mariage que s'il prouve qu'ils n'ont pas été acquis avec les deniers du failli. » V. A. BÖHLE-STAMMSCHRADER, *Konkursordnung, Kurz-Kommentar*, 6^e éd., § 45.

TITRE II

L'ÉGALITÉ DES ÉPOUX DANS LES RÉGIMES MATRIMONIAUX

167. — Le principe d'égalité des époux ne peut rester sans influence sur l'organisation technique des régimes matrimoniaux. Le régime matrimonial légal ou conventionnel est un effet du mariage et il demeure, comme tel, soumis aux principes qui gouvernent le droit familial. Divers pays européens ont introduit récemment des réformes des régimes matrimoniaux : l'Allemagne fédérale en est un exemple qui nous retiendra plus longtemps. Toutes les réformes élaborées récemment, l'ont été dans le désir de modifier la situation juridique des époux et d'accorder à la femme la qualité d'associée.

Le principe d'égalité a pour objet de transformer l'équilibre des pouvoirs et des privilèges des époux; il a pour effet de mettre en relief leur solidarité.

En droit français par exemple, le régime matrimonial légal se caractérise par la prépondérance du mari dans la gestion des biens communs pendant le mariage, et par les privilèges accordés à la femme à la dissolution du régime.

Cette répartition des pouvoirs et des droits ne tient aucun compte de l'égalité entre époux, mais cherche au contraire à pallier les dangers de l'inégalité. L'évolution récente et les projets de réforme français manifestent une tendance inverse : afin de réaliser l'égalité juridique des époux, le mari n'a plus qu'une prépondérance limitée en même temps que la femme perd certains de ses privilèges à la dissolution.

168. — En droit allemand, l'application de l'article 3 GG imposa au législateur de choisir un nouveau régime légal et non pas seulement de modifier, en fonction du principe d'égalité des époux, les dispositions existantes. Il dut concevoir un régime qui, contrairement au

régime légal du BGB, assura l'égalité des époux tant sur le plan juridique, c'est-à-dire quant aux pouvoirs, que sur le plan économique, c'est-à-dire quant au partage des gains réalisés pendant le mariage.

Dans les autres domaines du droit matrimonial, le principe d'égalité n'a pas posé au législateur de grandes difficultés techniques. Sa mise en œuvre était surtout un problème politique ou philosophique.

En matière de régimes matrimoniaux au contraire, la mise en œuvre de l'égalité est avant tout un problème de technique juridique. Comment respecter les exigences de toute communauté conjugale et accorder aux deux époux une égalité non seulement juridique mais économique? Comment exprimer techniquement une égalité non pas individuelle mais communautaire?

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

Les caractéristiques générales des régimes matrimoniaux

169. — Le régime matrimonial est le statut ou l'ensemble des règles qui régissent les problèmes pécuniaires de la famille, problèmes qui se posent soit entre les époux, soit à l'égard des tiers.

On peut le concevoir, d'un point de vue général, de deux façons principales.

Le Code civil français traite des régimes matrimoniaux à propos « des différentes manières dont on acquiert la propriété » (Livre III, Titre V), c'est dire qu'il considère les régimes matrimoniaux d'un point de vue individualiste comme un contrat entre deux époux. Le BGB au contraire traite des régimes matrimoniaux dans son livre quatrième, consacré au droit de la famille. Ce caractère de statut familial inhérent à tout régime et surtout au régime légal apparaît avec plus d'évidence. Le droit des régimes matrimoniaux déroge au droit des obligations et sa réglementation relève du droit de la famille.

Cependant l'idée de statut matrimonial des biens n'est pas absente de l'esprit du Code civil. La soumission des époux aux règles impératives concernant le statut des personnes, jointe au principe de l'immutabilité du régime matrimonial, confère à ce dernier un caractère propre. Le droit allemand admet au contraire la mutabilité (1); le statut économique de la famille apparaît donc plus libéral, plus souple sans pour autant perdre son caractère familial.

La constitution patrimoniale du ménage, le droit matrimonial des biens comme disent les Allemands (eheliches Güterrecht), est le lieu où se rencontrent les exigences fondamentales et parfois contradictoires de la communauté conjugale d'une part et des époux en tant qu'individus d'autre part. On y trouve des règles qui s'inspirent de

(1) L'immutabilité des conventions matrimoniales doit, d'après l'Avant-Projet de Code civil français, disparaître de nos institutions.

la nécessité de garantir la subsistance de la famille, d'autres qui tendent à assurer la protection des individus et notamment de la femme, d'autres au contraire qui cherchent à réaliser l'indépendance de celle-ci.

Cependant la diversité des techniques masque souvent l'unité des fondements et des idées sur lesquels elles reposent; il est cependant nécessaire de les mettre en évidence pour saisir la portée du principe d'égalité des époux dans ce domaine.

§ 1. — LA DESTINATION DU RÉGIME MATRIMONIAL

170. — Quel que soit le régime, une idée fondamentale domine toute la matière : le régime matrimonial doit permettre la subsistance de la famille. Le mariage, union de personnes, produit des effets patrimoniaux pour la raison très simple qu'il n'y a pas de vie possible sans usage des biens terrestres; les biens, par suite, doivent contribuer, par l'intermédiaire de l'usage que les personnes en font, à la réalisation de certains buts (2). Ce but est, au sens large la contribution des époux aux charges du ménage.

Le régime matrimonial a principalement une destination familiale qui en constitue le fondement et la raison d'être. Ainsi le statut juridique des biens et les pouvoirs des époux sur leur patrimoine vont être affectés par cette finalité propre du régime. Les droits individuels respectifs des époux n'apparaissent que secondaires même s'ils ne sont pas négligeables. Or, c'est bien ce but particulier à l'association conjugale qui explique et justifie l'existence de règles dérogatoires au droit commun des obligations et des biens. Le mariage situe les époux dans des rapports tels que ni le droit des obligations ni le droit des biens ne peuvent prétendre les régir totalement (3).

171. — Cependant malgré l'existence d'une communauté d'intérêt toujours créée par le seul fait du mariage, cette destination familiale du régime matrimonial demeure confuse et cette confusion est accentuée par le Code civil français qui ne traite en apparence que des droits respectifs des époux en tant qu'individus. Cette idée de « l'intérêt de la famille » que le régime matrimonial doit satisfaire est apparue plus clairement à la suite de la loi du 22 septembre 1942.

Ce but particulier des régimes sera réalisé par des techniques propres à chacun. Elles ont en commun d'affecter soit le sort des biens, soit les pouvoirs des époux et le plus souvent ces deux éléments, statut réel des biens et statut personnel des époux, réagissent l'un

(2) R. LE BALLE, Problèmes d'actualité en matière de régimes matrimoniaux, Cours de Droit civil approfondi, 1955-56, p. 5 s.

(3) Même si les règles qui régissent les rapports pécuniaires des époux se réduisent à peu de chose, elles sont cependant suffisantes pour montrer que le législateur ne peut faire abstraction de l'état de mariage. C. RENARD, Le régime matrimonial de droit commun, 1960, p. 44 s.

sur l'autre et se combinent à tel point qu'il apparaît souvent difficile de les distinguer.

§ 2. — LES INTERFÉRENCES DU RÉGIME JURIDIQUE DES BIENS ET DES POUVOIRS DES ÉPOUX

172. — En ce qui concerne les biens, l'existence de la communauté conjugale impose des charges qui seront supportées par les patrimoines des époux. Ainsi pour y satisfaire, certains biens auront un statut particulier.

Le régime dotal, dont le déclin nous semble tenir plutôt à l'incompatibilité de sa technique avec les exigences pratiques de la vie moderne qu'à sa philosophie profonde, est de ceux qui mettent le mieux en relief l'intérêt familial supérieur aux époux que le régime doit satisfaire. La dot a une destination familiale; elle représente la contribution de la femme aux charges du ménage et c'est cette destination même qui a appelé les règles particulières qui s'y appliquent. La dot est inaliénable parce que la famille doit pouvoir conserver la source de sa subsistance. L'indisponibilité de la dot, imposée dans l'intérêt de la famille, cédera lorsqu'elle n'apparaît plus de nature à satisfaire cet intérêt : la dot pourra être aliénable dans l'intérêt de la famille mais à charge de emploi. Ce statut réel de la dot détermine et limite les pouvoirs des époux.

173. — Cependant le régime juridique des biens des époux n'est pas seulement déterminé par leur destination familiale; il dépend également du statut personnel des époux, qui contribue à définir les pouvoirs des individus sur leurs patrimoines. Le mariage est d'abord une communauté de personnes et il est par suite naturel que la situation respective des époux au sein de l'union conjugale imprime au régime matrimonial ses caractères fondamentaux. Dans le droit familial, il n'y a pas d'autonomie du droit des biens par rapport au droit des personnes. L'un et l'autre sont commandés par leur destination familiale mais ils se définissent aussi l'un par rapport à l'autre.

Ainsi statut personnel des époux et régime juridique des biens vont être constamment combinés, soit que la situation personnelle des époux détermine leurs pouvoirs sur les biens, soit que, inversement, le régime des biens détermine la situation et les pouvoirs personnels des individus.

Le régime matrimonial de la séparation de biens qui garantit l'indépendance des patrimoines assure, par là même, l'indépendance des personnes. Par opposition aux régimes communautaires, il consacre une situation personnelle plus libre, au profit de la femme, puisque le mari n'a pas la maîtrise de ses biens. Au contraire, la situation prééminente du mari au sein du foyer a pour effet, dans un régime communautaire, de lui conférer tous pouvoirs d'administration des biens communs.

L'histoire nous offre maints exemples de ces interférences du statut personnel et du statut patrimonial : c'est le développement, à partir du ^{xiv}^e siècle, de l'autorité maritale qui a conduit à l'omnipotence du mari dans la gestion des biens communs et des biens propres de la femme; elle a entraîné l'incapacité de la femme mariée, ignorée jusqu'alors et qui n'est nullement inhérente à la nature du régime de communauté (4).

Cependant cette omnipotence maritale, conforme à la situation personnelle du mari, devint source possible d'abus et il fallut organiser une hypothèque légale de la femme sur les immeubles communs, laquelle rendait le mari incapable d'en disposer sans l'accord de sa femme.

De même, le souci de consacrer l'autonomie personnelle de la femme a conduit le législateur à lui accorder une grande liberté d'administration et de disposition sur les produits de son travail, qualifiés pourtant de biens communs; le régime juridique de ces biens se trouvait donc déterminé par le statut personnel de la femme en même temps qu'il en garantissait le respect.

174. — Ces réactions réciproques demeurent dominées par l'idée toujours latente, que la communauté conjugale transcende les individualités et les intérêts personnels des époux. Il semble bien que l'association plus étroite de la femme à la gestion des biens, sa nécessaire collaboration à certains actes du mari ainsi que sa vocation à prendre en main la gestion du patrimoine familial en cas d'impossibilité du mari, toutes choses réalisées en France en 1942, sont autant inspirées par le souci d'égalité des sexes que par celui de protéger la famille contre les éventuelles dissipations du mari ou contre son incapacité morale ou matérielle d'assumer ses pouvoirs. Il est significatif que l'égalité entre époux, réalisée par le concours de la femme à la gestion du patrimoine commun, se fasse sous le couvert et en faveur de l'intérêt de la famille.

§ 3. — LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU DROIT MATRIMONIAL DES BIENS

175. — Avant d'être une technique, le régime matrimonial est d'abord une idée. Les régimes matrimoniaux s'ordonnent autour de quelques idées de base que la technique va exprimer plus ou moins différemment selon les traditions propres à chaque pays. Il nous paraît utile d'examiner brièvement ces principes pour comprendre ensuite pourquoi certains d'entre eux sont, à notre époque, contestés et remis en cause.

(4) C. RENARD, *op. cit.*, p. 46.

Mais si tout régime s'appuie sur une idée centrale, celle-ci n'est pas exclusive et, la liberté des conventions matrimoniales aidant, il n'est pas rare que se combinent, au sein d'un même régime, des principes ou des techniques issus d'autres régimes.

176. — Le régime de la séparation de biens est certainement, mais peut-être apparemment seulement, le plus simple de tous les régimes. Son principe fondamental réside dans la libre gestion et la libre jouissance de leurs patrimoines par les époux. On dit volontiers qu'il consacre plutôt une absence de régime, puisqu'en principe, ni les patrimoines ni les pouvoirs des époux ne sont affectés par l'état de mariage. Ainsi chaque époux demeurant libre, sous réserve de la nécessaire contribution aux charges du ménage, le régime de séparation de biens apparaît comme le plus conforme à l'égalité juridique des sexes car il n'entraîne en lui-même aucune subordination de la femme (5).

Plusieurs pays ont choisi ce régime à titre de régime légal : l'Angleterre par réaction au système de l'unité des biens (6), l'Italie l'Autriche. Il est également adopté souvent à titre de régime conventionnel.

Cependant la pureté du régime de séparation de biens peut être atteinte et le régime dénaturé de deux façons principales : d'une part les pouvoirs des époux peuvent être modifiés; il n'est pas rare en effet que la femme donne mandat au mari de gérer son patrimoine. Ce mandat est expressément prévu par le Code civil italien (art. 212-214) qui le réglemente minutieusement. Ainsi se trouve consacré une sorte d'usufruit souvent occulte du mari sur les biens de la femme. La dénaturation est encore plus nette dans le code autrichien qui admet une présomption légale en vertu de laquelle la femme est censée avoir confié à son mari, en tant que représentant légal du ménage, l'administration de son patrimoine (art. 1238 et 1239 ABGB). D'autre part la communauté de vie qui entraîne usage commun des biens, est souvent de nature à modifier les règles prévues pour la dissolution du régime; des problèmes de reprises et de partage des acquêts interviennent fréquemment malgré l'absence de masse commune. En droit belge, les biens possédés en commun sont présumés en état de copropriété (7).

En droit autrichien, si la dissolution a lieu par divorce, le juge statue en équité sur l'attribution de l'habitation commune et des

(5) Avant les lois de 1938 et 1942 ce principe était faussé d'une part par l'incapacité de la femme mariée qui l'empêchait de disposer de ses biens sans autorisation maritale, d'autre part par l'hypothèque légale sur les immeubles du mari qui ne pouvait en disposer sans le concours de la femme.

(6) Dans les pays anglo-saxons, il n'existe pas de notion autonome de régime matrimonial tel que nous l'entendons mais un ensemble de règles de sources diverses qui s'appliquent aux rapports patrimoniaux des époux.

(7) Cass. 12 février 1948, Pas. 1948.1.200, Cass. 16 septembre 1954, Pas. 1955.1.3.

meubles meublants (8), sans avoir à rechercher lequel des deux époux les a apportés ou payés (9).

177. — A l'opposé de la séparation de biens se situe, non la communauté, mais le régime d'unité des biens, qui se réalise par l'absorption du patrimoine de la femme par celui du mari comme conséquence de l'absorption de la personnalité de cette dernière. Ce régime fut celui de l'ancien droit anglais; les biens de la femme devenaient l'entière propriété du mari. Ce régime n'a plus aucune audience de nos jours; mais son principe demeure, quoique fort altéré, dans le régime suisse d'union des biens, lequel ne fait plus passer au mari que l'usufruit de la propriété de la femme et qui n'exclut pas qu'elle se réserve une propriété séparée (10). L'idée en est que les pouvoirs d'administration reviennent au seul mari, chef de famille et débiteur de l'obligation d'entretien. Le régime légal allemand antérieur à la Loi fondamentale, ainsi que notre régime dit sans communauté en constituent des modalités.

Dans ces systèmes, diverses techniques avaient pour but de protéger la propriété de la femme, mais celle-ci ne se trouvait pas en principe associée aux gains réalisés pendant le mariage.

178. — Le régime de communauté va naître, entre autres causes, de ce désir d'association. Un droit à la participation aux profits réalisés par l'association conjugale va naître au profit de chaque époux. Les conjoints recueillent cette part à titre d'associés et non à titre successoral, mais régime de communauté et droit successoral pourront se combiner. L'idée de base des régimes communautaires est une idée de justice qui veut que les époux partagent, à la dissolution du mariage, les biens communs. Et ce principe de partage suffit à lui seul à réaliser le régime. Contrairement à la tradition, il nous semble faux de croire que la communauté se caractérise par les pouvoirs omnipotents du mari sur les biens communs et les propres de la femme. Les pouvoirs de gestion du mari sont liés à la notion de puissance maritale et non à l'idée de communauté. Ce n'est que le poids des traditions qui conduit

(8) En droit allemand, lorsque le mariage est dissous par divorce, les meubles meublants acquis pendant le mariage, sont considérés la propriété commune des deux époux, sauf preuve contraire (§ 8 al. 2 du 6^e décret d'application de la loi sur le mariage du 21 octobre 1944).

(9) Les législations qui admettent la séparation de biens comme régime légal contiennent fréquemment des dispositions dérogatoires concernant le droit du conjoint non propriétaire sur le logement commun, notamment en cas de séparation ou de divorce. Pour l'Angleterre, V. A. ROUAST, *Le régime matrimonial de droit commun dans les législations contemporaines*, p. 40.

(10) C'est également dans ces pays qu'est née la notion de biens réservés qui fit contrepoids aux pouvoirs du mari. Cette notion plus large qu'en droit français, y a mieux réussi qu'en France, car elle ne s'intégrait pas dans des régimes communautaires. Elle serait d'ailleurs plutôt synonyme de biens propres dont la gestion est laissée à la femme.

à penser de nos jours encore qu'un régime communautaire ne peut exister en dehors d'une prédominance maritale (11).

La puissance maritale avait pour effet d'altérer le régime et de le rapprocher en un sens du système de l'union des biens. L'égalité économique, réalisée par le partage et inexistante dans la séparation de biens, se faisait au détriment de l'égalité juridique, la femme perdant tout pouvoir de gestion (12).

Mais le régime de communauté peut se combiner avec les idées maîtresses issues d'autres régimes, tant est grande la plasticité du droit patrimonial de la famille.

179. — En résumé, on peut dire que le régime matrimonial tend à satisfaire deux catégories d'intérêts : les intérêts propres à chaque époux et à leur famille par le sang, et les intérêts de l'association conjugale en général (13). Les modalités techniques des régimes s'ordonnent, pour ce faire, autour de deux sortes de problèmes : d'une part, la classification des biens et la détermination des droits de propriété des époux tant sur leurs biens propres ou sur ceux de l'autre conjoint que sur les biens communs, d'autre part, la définition des pouvoirs des époux sur ces biens. Ainsi le contenu de ces réglementations fait apparaître trois grandes tendances plutôt que des catégories juridiques étanches : indépendance des patrimoines dans le système séparatiste, concentration des biens ou des revenus entre les mains d'un seul dans le système de l'union des biens, enfin constitution d'un patrimoine commun et quasi-autonome destiné à être partagé dans le système communautaire.

De nos jours, ces tendances, notamment la première et la troisième, cherchent à se rejoindre et à s'harmoniser malgré leur contradiction apparente. Cet effort d'imagination est rendu nécessaire par la double pression exercée sur les législateurs, des nécessités familiales nouvelles qui appellent une organisation communautaire des biens et des exigences de l'égalité des époux qui appellent une organisation communautaire des pouvoirs exercés sur les biens, en même temps que le respect d'une certaine indépendance des patrimoines.

(11) C. RENARD, *op. cit.*, p. 26 et 302 s.

(12) Traité pratique de Droit civil français, t. VIII par J. BOULANGER, n° 153 s.

(13) KAHN-FREUND, Matrimonial property law in England, cité par C. RENARD, *op. cit.*, p. 35. « Il faut tenir compte du désir normal et naturel chez les gens d'avoir des biens qui leur soient propres » mais il faut reconnaître que « selon les exigences de la nature, les êtres humains sont destinés à consacrer une part considérable de leurs biens à la famille qui, aussi longtemps qu'elle est saine et normale, est vouée à être communautaire ».

CHAPITRE I

Les tendances actuelles en matière de régimes matrimoniaux

180. — Un aperçu des législations contemporaines en matière de régimes matrimoniaux est révélateur des tendances modernes qui s'y développent sous l'influence de quelques facteurs déterminés. On y constate la similitude des problèmes et souvent des solutions qui y sont apportées.

Le poids des traditions nationales est moins lourd qu'on ne le croit et cette matière est un terrain propice au droit comparé (1).

La similitude des problèmes est frappante, mais elle est naturelle car l'évolution économique et sociale et les modifications des structures familiales, sont comparables au sein de l'Europe : dans tous les pays européens, on peut constater un resserrement de la famille sur le couple au détriment de la famille par le sang, la préoccupation de l'émancipation de la femme, une crise du logement qui conduit à protéger juridiquement l'habitation familiale.

En matière de régimes matrimoniaux, les problèmes sont de deux ordres : il s'agit d'une part de conformer la technique des régimes sinon au principe, du moins à l'idée d'égalité des époux, d'autre part d'organiser une protection des biens nécessaires à la vie du ménage, c'est-à-dire de contribuer à la formation d'une communauté de biens, conséquence de la communauté de personnes.

Ces deux objectifs ne sont pas contradictoires et nous verrons que la consécration d'une égalité réelle des époux est de nature à renforcer la protection des biens de la famille.

Mais ces deux objectifs ont finalement pour effet de réaliser une compénétration des principes séparatistes et communautaires, aucun des régimes matrimoniaux connus ne pouvant en eux-mêmes satisfaire ce double but (2).

(1) A. ROUAST, *op. cit.*, C. RENARD, *op. cit.*

(2) C. SAUJOT, La pénétration des idées séparatistes dans les régimes communautaires, thèse Paris 1956.

Section I

L'ÉGALITÉ DES ÉPOUX

181. — Il n'est pas de régime légal récent qui ne tende à modifier la situation respective des époux, et à confier à la femme des responsabilités plus importantes dans la gestion des patrimoines. Ceci ne signifie d'ailleurs pas que sa situation matérielle s'améliore, car la femme perd en revanche les protections et les garanties que la loi lui accordait, en France du moins, en contrepartie de son incapacité. L'égalité des époux est donc plutôt une exigence morale qu'une revendication économique.

Cependant, la mise en œuvre de l'idée d'égalité exige le plus souvent du législateur un effort créateur, car il est difficile de se contenter d'aménager le régime légal, lorsque celui-ci, tel le régime français ou allemand, est bâti sur le principe de prédominance maritale. D'autre part, les régimes conventionnels n'offrent que rarement des solutions conformes à l'idéal égalitaire et communautaire de la famille; il n'est pas souhaitable d'en adopter un à titre de régime légal.

182. — Si le régime de séparation de biens réalise l'égalité juridique des époux quant aux pouvoirs sur leurs patrimoines, il a pour défaut essentiel de méconnaître l'égalité économique, en ce sens qu'il exclut tout partage à la dissolution du mariage. Intéressant pour la protection des intérêts individuels d'un époux riche, il ne l'est guère pour celui qui, sans ressources personnelles, collabore cependant par son travail à la prospérité de la famille. Cette injustice du régime a conduit certains pays à admettre, dans le respect de l'égalité juridique des époux, un partage des gains réalisés pendant le mariage.

S'il peut se justifier par des raisons seulement économiques lorsque la femme n'exerce pas de profession, le partage des gains à la dissolution est plus généralement de l'essence même du mariage. Au delà de son aspect économique, c'est une exigence spiritualiste et morale qui correspond à la solidarité née de l'union des époux. Or le régime de séparation de biens va à l'encontre de cette exigence : peut-on dire que la solidarité et l'égalité des époux sont respectés lorsque chacun conserve égoïstement ce qu'il a gagné pendant le mariage?

Le régime de communauté, en revanche, souffre d'un défaut inverse : l'égalité économique est réalisée par le partage des biens communs, mais l'égalité juridique des époux n'y est pas respectée, la femme ne participant que dans une faible mesure à la gestion des biens communs.

183. — Compte tenu de l'intérêt social à ne pas entraver, outre mesure, le commerce et la sécurité juridiques, les législateurs ont pallié les inconvénients de ces deux régimes selon des modalités tech-

niques souvent voisines, qui combinent séparation de biens et communauté.

Afin de réaliser l'égalité des époux sur le double plan des pouvoirs et des bénéfices, diverses méthodes sont possibles : on peut laisser subsister un régime communautaire en exigeant que les époux collaborent à la gestion des biens communs; un tel système n'est pas accepté de façon intégrale, sauf à titre de régime conventionnel (3), car il alourdit le commerce juridique et ne laisse aucune place à l'indépendance (4).

On peut aussi conserver un régime communautaire en conférant aux deux époux des pouvoirs propres sur la masse commune. Un exemple intéressant nous est fourni par le régime légal hollandais, introduit par la loi du 14 juin 1956 (5). Afin d'éviter les inconvénients d'une dualité de gestion sur un même bien, la gestion des biens est confiée à celui des époux qui a provoqué leur entrée dans la communauté. Cependant des limitations à la libre disposition sont imposées dans l'intérêt de la famille. Les régimes communautaires des pays socialistes partent du même principe : chaque époux peut accomplir sur les biens communs des actes de gestion mais, en dehors des limites de cette gestion, le concours des deux époux est exigé (6).

Il est possible aussi d'adopter un principe séparatiste aménagé d'idées communautaires. Le régime suédois des « biens patrimoniaux » témoigne de cette tendance; les biens des époux sont répartis en biens propres et biens patrimoniaux; ces derniers sont destinés à être partagés, mais ils ne sont pas réunis dans une masse commune et ils restent la propriété de l'époux qui les apporte et demeurent sous son pouvoir d'administration. Cependant ce régime participe de la première solution en ce sens qu'un époux ne peut, sans l'accord de l'autre, disposer des immeubles et des meubles d'usage commun. Ainsi des limitations, fort importantes en pratique, sont apportées au principe séparatiste de la libre gestion. Ce régime, introduit en Suède par la loi du 11 juin 1920, a inspiré les législateurs norvégiens, danois et finlandais.

On peut enfin supprimer toute affectation des biens, c'est-à-dire admettre la séparation complète des patrimoines pendant le mariage et ne constituer une masse commune, destinée à être partagée, qu'au moment de la dissolution du mariage : c'est le régime dit de participation aux acquêts, présenté par le projet Renoult en 1932 au Sénat

(3) Le régime de communauté avec administration commune des époux est accepté en Allemagne depuis 1957, à titre de régime conventionnel.

(4) Ce système est partiellement adopté par la Commission de réforme du Code civil dans la mesure où le nombre des actes pour lesquels le concours de la femme est exigé, est considérablement augmenté.

(5) M. LIENARD-LIGNY, L'émancipation de la femme mariée hollandaise dans le cadre du régime légal de communauté universelle, Annales de la Faculté de droit de Liège, 1958, p. 119 ss.

(6) Familiengesetze sozialistischer Länder. C. RENARD, *op. cit.*, p. 240.

Il faut remarquer que dans les pays socialistes, les biens susceptibles de propriété individuelle étant très limités, les difficultés et les intérêts du régime matrimonial sont réduits d'autant.

français et qui a connu plus de faveur en Colombie où il fut accepté comme régime légal. C'est également le principe de ce régime qui fut appliqué par la loi allemande du 17 juin 1958 sous le nom de « Zugewinnngemeinschaft », encore que d'importantes limitations aient été apportées à la libre disposition des patrimoines.

184. — Ainsi ces législations adoptent des positions intermédiaires entre la séparation de biens et la communauté afin de réaliser l'égalité des époux : cette égalité est une égalité de droits mais aussi une égalité dans le partage qu'imposent toute communauté de vie et toute mise en commun des ressources du ménage. L'Angleterre nous fournit un exemple intéressant de cette inévitable pénétration des principes communautaires dans un système séparatiste (7).

L'égalité des époux ne signifie pas indépendance des patrimoines et des personnes. Elle a aussi pour effet d'assurer la protection du patrimoine familial.

Section II

LA PROTECTION DU PATRIMOINE FAMILIAL

185. — Même en l'absence de toute masse commune, les biens des époux sont principalement affectés aux charges du ménage. Cette obligation légale est conforme aux mœurs : la majorité des ménages vivent de leur salaire et des revenus de leur travail et ceux-ci sont normalement consacrés aux charges de la vie commune.

Mais le droit est fait pour les cas pathologiques, le droit matrimonial surtout. Il est donc opportun de protéger cette affectation principale des biens afin d'éviter que les époux ne dilapident leurs biens aux dépens de la famille.

La tendance à instituer des règles protectrices des biens destinés à l'entretien du ménage est générale mais elle produit des effets différents selon les techniques adoptées.

Le moyen le plus courant est d'imposer la participation des deux époux aux actes de disposition des biens nécessaires à la vie de la famille : ainsi la femme se trouve appelée à y consentir moins en vertu du principe d'égalité que par mesure de contrôle en vue de la protection des biens.

Sous un régime de communauté gérée par le mari, la nécessité du consentement de la femme à certains actes lui permet de contrôler la gestion en y participant. Le législateur français a suivi cette tendance, de façon timide il est vrai, dans la Loi du 22 septembre 1942 : la femme doit consentir aux actes de disposition à titre gratuit sur

(7) Voir la jurisprudence anglaise citée par LEFEBURE et HAMSON, dans A. ROUAST, *op. cit.*, p. 40-43.

les biens communs. Le projet élaboré par la Commission de réforme du Code civil suit la même voie (8). Il est intéressant de noter que tant par idéal familial communautaire que par souci de respecter l'égalité des époux, les pays socialistes sont nombreux à avoir adopté un régime de communauté d'acquêts en faisant une large place à la gestion commune, sous forme de participation des deux époux aux actes de disposition des biens utiles à la vie du ménage (9).

Sous un régime qui admet un partage à la dissolution, la participation des deux époux aux actes graves a autant pour but de protéger le patrimoine pendant le mariage que de garantir le partage en évitant que l'un d'eux n'agisse en fraude aux droits futurs de l'autre.

Sous un régime séparatiste quant à la gestion des biens, le concours des époux aux actes concernant le patrimoine de l'un d'eux, impose une limitation aux libres pouvoirs de gestion de chacun et réintroduit ainsi, dans l'intérêt de la famille, une conception sociétaire du régime matrimonial.

De telles dispositions sont prévues par les régimes scandinaves et allemands : un époux, malgré l'existence de propriétés séparées pendant le mariage, ne peut disposer de l'immeuble d'habitation ni des meubles meublants sans le consentement de l'autre.

186. — L'intérêt de la famille à la conservation de certains biens, immeuble d'habitation ou professionnel, instruments de travail, meubles meublants, est mis en évidence par l'absence de distinction entre meubles et immeubles. Le critère qui détermine la participation des époux à la gestion d'un bien réside dans la destination familiale du bien considéré et non dans sa catégorie juridique; en ce sens, les meubles meublants sont nécessaires à la vie de la famille au même titre que l'immeuble d'habitation, et l'intérêt de la famille a paru digne de considération, malgré les difficultés techniques qu'il peut entraîner dans le commerce juridique (10).

Mais au delà de l'idée de « nécessité », il semble que cette tendance obéisse à l'idée que le mariage établit une communauté qui estompe les droits de propriété. Lorsque les patrimoines restent séparés pendant le mariage, l'association des deux époux à la disposition de certains

(8) Travaux de la C.R.C.C., 1949-50, p. 323. VASSEUR, *op. cit.*

(9) Familiengesetze sozialistischer Länder.

Pour la Bulgarie, la Hongrie, l'URSS, la Yougoslavie, V. ROUAST, *op. cit.*, pp. 77, 207, 329, 351.

PIATOSKI, Quelques remarques sur la transformation du régime matrimonial dans le droit de la famille polonais, RIDC 1958, p. 65 et L'égalité des droits des époux et le régime de communauté en droit polonais, RIDC 1960, p. 500.

(10) Sur le rôle moral et psychologique de la maison familiale, voir Gabriel MARCEL, cité par J. LACROIX, Force et faiblesses de la famille, p. 47 s. « La famille est un nous qui n'est, d'une façon générale, aucunement séparable d'un chez nous. Ce n'est certainement pas par hasard si toutes les forces qui se sont exercées dans un sens destructeur de la maison familiale ont préparé du même coup la subversion de la famille elle-même. Ce nous privilégié ne se laisse pas séparer, même aux étages les plus humbles de la vie, de la conscience d'un habitat permanent qui est le nôtre, et qui au long de l'existence nous est devenu peu à peu consubstantiel ».

biens utiles au ménage, montre que l'affectation familiale de ces biens ne peut être révoquée qu'avec l'accord des deux époux qui en ont, sinon une propriété commune, du moins un usage commun qui altère inévitablement le droit subjectif de l'époux propriétaire sur ce bien.

Ainsi le principe de l'unité de gestion imposé par le Code civil français, conformément à la conception hiérarchique de la famille, ne s'avère pas toujours de nature à assurer une protection efficace des intérêts de la famille.

Nous voyons donc se dessiner, par réaction, une tendance à l'association des époux et à la co-gestion.

Ainsi, comme nous l'avons vu à propos des rapports personnels entre époux, le droit patrimonial n'échappe pas non plus à la nécessité de l'action commune. Lorsque l'intérêt matériel de la famille est en jeu, les époux sont également associés à sa défense.

187. — Cependant, comme en matière personnelle, ce phénomène a pour conséquence de développer les possibilités d'intervention judiciaire. Le droit français est déjà entré dans cette voie : le contrôle judiciaire établi pour la défense des droits personnels de la femme contre les abus du mari, l'est aussi expressément depuis 1942 pour la défense des intérêts patrimoniaux de la famille. Le juge peut, dans l'intérêt de la famille, habiliter la femme à prendre en main l'administration de la communauté, il peut aussi contrôler les actes du mari accomplis au mépris des intérêts du ménage ou lui interdire l'accomplissement de certains actes (11).

Dans un système de gestion commune ou semi-commune, le juge peut être appelé à trancher les différends entre époux, qui peuvent naître du désaccord quant à l'opportunité d'un acte de disposition. Les législations qui associent les deux époux aux actes graves accomplis sur un bien utile à la famille prévoient la possibilité de recours judiciaires contre le refus systématique de consentir à l'acte (12).

Juge des intérêts moraux du ménage, l'autorité judiciaire l'est aussi de ses intérêts pécuniaires. Mais ce phénomène d'intervention du juge dans l'ensemble des rapports de famille est d'apparition récente, tant était puissante l'idée que seul le mari pouvait incarner l'intérêt du ménage. Cette idée demeure encore vivante mais plutôt comme une survivance traditionnelle qu'il importe d'adapter, en France, aux idées et aux exigences nouvelles de la vie conjugale.

(11) VOIRIN, Commentaire de la loi du 22 septembre 1942, D.C. 1943, L. 50.

Pour l'Angleterre, voir article 17 du Married women's property Act.

Pour la Belgique, article 221 Code civil maintenu par la loi du 30 avril 1958.

(12) Pays-Bas, article 164a Code civil (loi du 14 juin 1956). Allemagne, §§ 1365 et 1369 BGB.

Section III

LA NÉCESSITÉ D'UNE RÉFORME FRANÇAISE DU RÉGIME MATRIMONIAL LÉGAL

188. — La réforme des régimes matrimoniaux n'est plus, en France, une question neuve (13). Elle est discutée depuis de nombreuses années et les amendements apportés au Code civil par la loi du 22 septembre 1942 ne l'ont pas épuisée. Pourtant aucune réforme d'ensemble n'a encore vu le jour.

Le régime légal de communauté présente cependant des inconvénients graves : il ne semble plus guère adapté aux réalités actuelles. Il paraît être fait pour une minorité de personnes, détentrices de fortunes importantes, alors qu'il s'applique en fait à des ménages sans fortune et qui ne prévoient pas les répercussions du mariage sur le statut de leurs biens (14). Ce régime ne rend pas compte de la capacité de la femme mariée qui demeure exclue de l'administration des biens communs et de ses propres, en même temps qu'il donne au mari tout pouvoir de ruiner la famille.

Lorsque la femme exerce une profession, le régime perd tout équilibre, la notion de biens réservés s'y insérant difficilement. Enfin il crée à la dissolution du mariage, et surtout en cas de divorce, des difficultés considérables; sans l'habileté des notaires, ce serait un véritable nid à procès.

Parmi les régimes conventionnels, le régime dotal apparaît comme une survivance et son déclin est évident. Le régime de séparation de biens, en revanche, attire par sa simplicité mais il s'adapte mal à l'existence d'une communauté conjugale.

189. — La Commission de réforme du Code civil s'est emparée de la matière (15); le projet issu de ses délibérations est un régime de communauté d'acquêts (16). Quant aux biens, une certaine discordance apparaît entre l'actif de la communauté, qui ne comprend que les acquêts, et le passif qui comprend toutes les dettes à la seule exception

(13) CHOTEAU, Réforme des régimes matrimoniaux, Études Ripert, t. I, p. 454 ss.

52^e Congrès des notaires de France, Biarritz 1953, Le statut juridique de la femme mariée.

(14) Voir le rapport de M. GRIMAUD, et les raisons qu'il cite pour lesquelles on ne fait pas de contrat de mariage : crainte des dépenses, considérations fiscales, crainte de manifester de la méfiance, sentiment que le contrat est une institution bourgeoise et n'a d'utilité que pour les riches, ignorance; tous ces motifs n'ont aucun rapport avec le vrai problème. Ils sont en tout cas fort éloignés de l'idée de volonté tacite d'acceptation du régime légal, 52^e Congrès des notaires de France 1953, p. 11.

(15) Travaux de la CRCC, 1948-49, p. 553; 1949-50, p. 323.

(16) La communauté d'acquêts fut adoptée à une majorité faible (6 voix contre 4), Travaux, T., v. p. 481.

des dettes contractuelles non professionnelles de la femme, à tel point qu'un auteur a pu dire que les époux étaient communs en dettes avant d'être communs en biens (17).

Quant aux pouvoirs, le principe d'unité de gestion est en principe maintenu, mais une large place est faite à la co-gestion. Le mari reste administrateur des biens communs mais ses pouvoirs semblent réduits à la gestion courante, tout acte important requérant le consentement de la femme, qu'il soit accompli sur les biens communs ou sur les biens propres de celle-ci (18). Il s'agit plutôt d'un système de collaboration qui se masque derrière le principe d'unité de gestion. Un tel système réunit peut-être les inconvénients de l'unité de gestion et de la co-gestion (19). Est-il souhaitable de proclamer un principe et de le vider de son contenu par des dispositions particulières (20)? Pour n'avoir pas pris parti, ce projet est hybride et contient de grandes bizarreries : par exemple la femme ne peut s'opposer à l'accomplissement d'un acte qui entre dans les pouvoirs du mari, mais elle pourra se faire habilitier par justice à accomplir seule un acte auquel son mari s'oppose. La femme ne peut aliéner la pleine propriété de ses biens propres, mais le mari ne peut percevoir les capitaux propres de la femme.

L'unité de gestion et l'égalité des époux sont deux principes inconciliables que la Commission de réforme veut pourtant concilier.

190. — Il semble qu'il en soit de même pour le projet de réforme des régimes matrimoniaux dont le Parlement français fut saisi récemment. Le Sénat, le 5 novembre 1959, et l'Assemblée Nationale, le 14 décembre 1960, adoptèrent une réforme du Code civil; des amendements apportés par l'Assemblée au texte du Sénat ont fait renvoyer ce projet à ce dernier pour approbation définitive.

Le conflit entre l'Assemblée nationale et le Sénat a conduit le Garde des Sceaux à retirer le projet, le 12 juillet 1961. Ainsi la question de la réforme des régimes matrimoniaux est actuellement ajournée et aucune réforme n'est prête à voir le jour (21).

(17) C. RENARD, *op. cit.*, p. 232.

(18) Pour les biens communs, le mari ne peut sans le concours de la femme, en disposer à titre gratuit, disposer à titre onéreux ou grever de droits réels les immeubles, les fonds de commerce, les meubles affectés au ménage ou à la profession, la propriété industrielle, artistique ou littéraire.

Pour les biens propres de la femme, le mari ne peut, sans l'accord de celle-ci, louer les immeubles, les fonds de commerce ni les meubles affectés à la vie courante ou à l'exercice de la profession de la femme, concéder les droits de propriété industrielle, artistique ou littéraire, ni percevoir les capitaux propres.

(19) Pour une appréciation critique du projet, V. VASSEUR, La communauté légale et la communauté conventionnelle d'après l'avant-projet de Code civil, RTDC 1955, p. 407.

(20) La commission de réforme a été plus timide en matière patrimoniale qu'en matière personnelle. Il est regrettable, pour l'harmonie du droit de la famille, que le mari perde sa qualité de chef de famille mais conserve celle de chef de communauté, encore qu'il s'agisse d'une règle supplétive.

(21) MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, t. IV, p. 102 et suiv.

Quel était ce projet ? Le projet de loi portant réforme des régimes matrimoniaux était très largement inspiré de l'avant-projet de Code civil élaboré par la Commission de Réforme (22). Le projet gouvernemental souffre donc du même défaut qui est de vouloir conserver la tradition tout en y introduisant des idées nouvelles. Il est étonnant que l'on considère, en France, que le régime de communauté se caractérise d'abord par le principe de l'unité de gestion des biens communs par le mari, et que la réforme doit seulement consister à aménager ce principe, à lui apporter des tempéraments, quitte à détruire l'harmonie du régime (23). La volonté de conserver au mari la qualité de chef de communauté coexiste avec celle de faire accéder la femme à l'exercice de sa pleine capacité. Or ce sont là deux éléments tout à fait contradictoires que seule une réforme d'ensemble et non pas un « racommodage » des principes anciens, permettrait d'harmoniser. Devant le Parlement français, le manque d'imagination ou la crainte du neuf ont paralysé les débats souvent vifs (24) qui ont opposé les partisans des régimes communautaires traditionnels à ceux du régime de participation aux acquêts, ainsi que le Sénat et le gouvernement à l'Assemblée nationale (25).

Le projet conservait au mari les pouvoirs d'administration des biens communs et limitait ses pouvoirs de disposition en imposant la participation de la femme aux actes graves, notamment à l'aliénation des immeubles et fonds de commerce. S'il perd le titre de « maître et seigneur de la communauté », le mari en garde une grande partie des fonctions. Contrairement à l'avant-projet de Code civil, les pouvoirs du mari sont d'ordre public; il s'agit de règles impératives, alors que, si elles étaient devenues supplétives comme le proposait la commission de réforme, plus rien n'empêchait les époux d'adapter le régime selon leur gré, d'en faire par exemple une association à la gestion des biens communs.

Mais l'idée que la co-gestion égalitaire implique le recours à la justice en cas de désaccord a conduit le gouvernement à interdire

(22) Voir l'exposé des motifs.

(23) L'Assemblée nationale a rejeté, en effet, les amendements présentés par M^{mes} DEVAUD et THOME-PATENÔTRE qui tendaient à accorder à chacun des époux le pouvoir d'administrer les biens communs en vertu d'un mandat tacite réciproque, J.O. deb. AN 15 décembre 1960 n° 106 AN; p. 4599; la Commission des lois de l'Assemblée nationale rejeta également ce principe de « dyarchie », Doc. n° 912 AN 1^{re} session ordinaire 1960-61, p. 59

(24) J.O. 22 octobre 1959, 6 et 17 novembre 1959, 23 octobre 1960, 16, 17 et 30 novembre 1960, 9, 12, 13 et 14 décembre 1960, 5 mai 1961.

(25) Les défauts du système apparaissent avec évidence ainsi que le remarque M. VASSEUR, *op. cit.*, p. 411, à propos de l'avant-projet de Code civil, « Il donne l'impression que la Commission de réforme a procédé à la réforme des régimes matrimoniaux non point en donnant à la communauté une structure nouvelle, mais en superposant sur la communauté traditionnelle des règles d'inspiration séparatiste. Qu'il soit permis de se demander si, en accentuant les défauts que présentait le régime de communauté depuis la loi de 1942, la Commission n'a pas abouti à présenter un régime totalement déséquilibré dans lequel elle a introduit trop de séparation de biens pour un régime de communauté et laissé subsister trop de communauté pour un régime en réalité d'inspiration séparatiste ».

aux époux de déroger aux règles de gestion de la communauté (26). Cependant on peut se demander si le recours au tribunal n'est pas plutôt favorisé par un régime hybride, source de ressentiments entre époux et d'insatisfactions inexprimées. L'Assemblée nationale se montra moins traditionnaliste que le Sénat et elle modifia plusieurs textes adoptés par celui-ci (27). Le conflit éclata finalement à propos des pouvoirs du mari quant à la gestion des biens propres de la femme; l'Assemblée était partisan de rendre à la femme l'administration de ses propres, tout en accordant au mari un droit de contrôle pour les actes graves (28); le Sénat (29), au contraire, voulut maintenir les pouvoirs du mari de gérer les propres de la femme, en garantissant la participation de celle-ci à certains actes de disposition (30). Le Garde des Sceaux fit valoir que la proposition de l'Assemblée aboutissait à détruire le régime. Cela était vrai et faisait apparaître clairement que seule une réforme plus générale permettrait de tenir compte de la capacité de la femme mariée. Ce conflit décida du retrait du projet.

191. — Pourtant, on peut imaginer, comme le préconisait M. Boulanger au Sénat, un régime communautaire dans lequel les époux conserveraient l'administration de leurs biens propres, quitte à les gérer au profit de la communauté.

D'ailleurs le maintien des pouvoirs du mari sur les propres de la femme apparaît, d'un point de vue sociologique et économique comme une survivance et bientôt comme un archaïsme. En effet les biens propres ont perdu en ce qui concerne le patrimoine de la femme, leur assiette économique et démographique qui justifiait autrefois leur régime juridique (31). Celui-ci ne s'applique plus qu'à une part très limitée des patrimoines et pendant une courte durée, car la source principale d'acquisition des propres, à savoir la transmission héréditaire du patrimoine, n'interviendra au profit de la femme que longtemps après son mariage lors du décès de ses père et mère (32). Enfin il n'apparaît plus légitime à notre époque que la femme mariée qui jouit de pouvoirs importants pour la gestion de ses biens réservés

(26) MAZEAUD, *op. cit.*, p. 104.

(27) L'Assemblée nationale voulut notamment imposer le consentement des deux époux à la vente des valeurs mobilières communes. Le Sénat et le gouvernement s'y opposèrent. J.O. 5 mai 1961, Déb. parl. Sénat, p. 161, séance du 4 mai 1961 (voir les interventions de M. BOULANGER, partisan de la participation des deux époux). Voir aussi, MAZEAUD, *op. cit.*, p. 288, Lectures.

(28) J.O. 5 mai 1961, p. 148.

(29) Projet de loi adopté par le Sénat en 2^e lecture le 4 mai 1961, Doc. AN 1162 2^e session ordinaire 1960-61.

(30) Le développement des clauses de remploi manifeste la méfiance que l'on porte aux pouvoirs du mari sur les propres de la femme.

(31) Voir sur la question la très intéressante étude de L. SEBAG, La méthode quantitative en droit civil et la réforme des régimes matrimoniaux, D. 1963, Chron; XXXII p. 203.

(32) Sur l'influence de la longévité humaine sur le droit matrimonial, voir L. SEBAG *op. cit.*

qualifiés de biens communs, se voit refuser ces mêmes pouvoirs pour la gestion de ses biens propres.

Mais, le problème de l'administration des biens propres n'est pas le seul; celui des biens réservés pose des difficultés plus délicates; en réalité le statut des biens réservés fut établi par opposition à l'omnipotence maritale (33). De ce fait, il ne s'est guère adapté à la structure du régime légal français. Ne serait-il pas préférable d'admettre que les produits du travail des époux sont biens propres et comme tels sous la gestion de chaque époux au profit de la communauté, soit biens communs en admettant, comme aux Pays-Bas, une dualité de gestion selon que le bien est apporté par le mari ou par la femme, selon qu'il tombe en communauté du chef de la femme ou du chef du mari. Toute harmonisation entre ces différents éléments ne peut se faire que dans une réforme plus générale et plus libérale que celle conçue par le gouvernement.

192. — Ce projet associe plus largement la femme à la gestion des biens communs et de ses propres que ne le faisait la loi de 1942, mais il lui fait perdre en revanche les garanties édictées à son profit comme contrepoids de l'omnipotence du mari.

La femme ne peut plus renoncer à la communauté. Le bénéfice d'émolument et le droit de demander la séparation de biens sont devenus des droits réciproques dont le mari pourra également profiter. Enfin la femme ne peut plus poursuivre ses prélèvements sur les propres du mari en cas d'insuffisance d'actif commun.

Les règles de dissolution n'ont pas été simplifiées; on peut s'en étonner et le regretter. Le projet prévoit seulement une modification des règles d'évaluation des récompenses, afin de tenir compte des variations monétaires. Mais le problème des récompenses, principale difficulté du régime, reste entier.

Ce projet déjà inadapté, plus ou moins démantelé entre l'Assemblée et le Sénat, représente une réforme sans grande cohérence et assez peu cartésienne. Il est donc heureux qu'il ait été retiré. Mais on doit alors espérer que le législateur français, lorsqu'il sera à nouveau saisi du problème, fera preuve de plus de simplicité et d'imagination pour créer un régime légal adapté aux besoins du plus grand nombre (34), au lieu de se contenter de « mettre des pièces » et d'élaborer un projet qui ne satisfait personne (35).

(33) Il est en tous cas illogique de donner à ces biens un statut différent selon qu'ils sont acquis par le mari ou par la femme; les femmes qui travaillent le font la plupart du temps pour des raisons familiales et non pour des raisons d'indépendance personnelle. Il en est de même pour le mari. Rien ne justifie la disparité des règles.

(34) Mariage et régimes matrimoniaux, *Esprit* (avril 1961), p. 693.

(35) Le débat n'est pas clos; une proposition de loi déposée par M. le sénateur MARCILHACY au Sénat le 21 mai 1963 constitue le dernier état de la question. Selon ce texte le régime de communauté réduite aux acquêts devient le régime légal français; mais sa structure est profondément modifiée; si la composition des masses demeure à peu près celle du Code civil, l'administration des biens est tout à fait différente : en effet chaque époux conserve l'administration et la jouissance de ses biens propres

193. — C'est dans cette optique que le droit comparé peut être bénéfique : quant à la méthode d'une part, on peut constater que les pays qui ont récemment modifié leur droit matrimonial ont produit des réformes générales cohérentes qui tiennent compte du double impératif de l'égalité des époux et de la protection de la famille. Quant au fond, il peut être utile d'analyser, au delà des traditions nationales de la pratique, les aspects positifs et négatifs du contenu d'une réforme étrangère, soit pour s'en inspirer, soit pour éviter de commettre les mêmes erreurs. Cependant une telle recherche suppose que le législateur se débarrasse de bon nombre de préjugés nationaux et accepte de juger bonne une réforme de nature à choquer, peut-être un peu, les traditions pratiques nationales.

Il apparaît donc, en définitive, que les problèmes posés par la réforme du régime matrimonial légal sont de deux ordres : problème de gestion des biens pendant le mariage; comment la loi peut-elle l'organiser en respectant l'égalité des époux et en assurant une protection efficace de la famille? Problème de la dissolution du régime; comment la simplifier en garantissant l'existence d'un partage des bénéfices entre les époux?

Si le droit français tend vers un système de communauté aménagé quant à la gestion des biens, le droit allemand connaît depuis la loi du 18 juin 1957 un système à tendance séparatiste dans lequel sont introduites des idées communautaires quant à la gestion des biens et quant à leur partage à la dissolution.

qu'il devra cependant gérer « pour le compte de la communauté » mais en outre chaque époux a l'administration et la jouissance des biens communs « entrés de son chef en communauté » (art. 1435 de la proposition). Un tel système se rapproche de celui introduit aux Pays-Bas par la loi du 14 juin 1956.

Pour une critique de cette proposition, voir H. MAZEAUD, Un régime de communauté réduite à zéro (Réflexions sur une proposition de loi du 21 mai 1963), J.C.P. 1963.XX.I.1778.

CHAPITRE II

La réforme du régime matrimonial légal en droit allemand

194. — L'importance juridique et sociale d'une telle question est évidente; d'un point de vue quantitatif d'une part, puisque la majorité des mariages sont conclus sans contrat et d'un point de vue qualitatif d'autre part, puisque un régime adapté aux exigences morales et pratiques de notre époque est de nature à fonctionner sans difficulté et par suite à contribuer à la paix des familles.

Section I

LE DROIT ALLEMAND JUSQU'À LA RÉFORME DE 1957

§ 1. — LE CODE CIVIL

195. — Le BGB unifia le droit matrimonial des biens dont le contenu variait jusqu'alors selon chaque pays et région (1). Il adopta comme régime légal, le régime d'administration et de jouissance des biens de la femme par le mari (Nutzverwaltung) qui était en vigueur dans le nord de l'Allemagne (2).

Ce régime ne créait aucun patrimoine commun mais plaçait les

(1) L'Allemagne connaissait une très grande diversité de régimes matrimoniaux dont les modalités, variaient selon les régions, les villes et les classes sociales; ces régimes s'organisaient autour de trois grands principes : l'unité des biens, la communauté ou le régime dotal qui pénétra lors de la réception du droit romain. V. BEITZKE, *Familienrecht* 3^e éd. 1951 p. 64.

(2) Il s'appliquait à 16 millions de personnes environ.

biens de la femme sous l'administration du mari (3). Celui-ci ne gérât cependant que les biens d'apport de la femme (eingebrachtes Gut) et non l'ensemble de son patrimoine; les biens réservés (Vorbehaltsgut) (4) étaient soustraits aux pouvoirs du mari. Sauf cas exceptionnels (§ 1376 BGB), le mari ne pouvait disposer des biens d'apport sans l'accord de sa femme. Il était seulement tenu de rendre compte de son administration à la dissolution du mariage (§ 1391 BGB) et de restituer les biens d'apport.

Ce régime cumulait donc deux inconvénients essentiels : celui de retirer à la femme l'administration de son patrimoine et celui d'exclure tout partage des bénéfices réalisés pendant le mariage (5).

Le BGB réduisit le nombre des régimes conventionnels à quelques grands types : la communauté générale (Allgemeine Gütergemeinschaft), la séparation de biens, la communauté d'acquêts (Errungenschaftsgemeinschaft) régime intermédiaire entre le régime légal et la communauté générale, et la communauté de meubles et d'acquêts (Fahrnisgemeinschaft) inspiré du régime légal français de communauté.

Le régime légal, qui ne respectait ni l'égalité juridique ni l'égalité économique des époux, fut très tôt critiqué et il devait se heurter au principe d'égalité proclamé par la Loi fondamentale.

Une réforme s'imposa donc.

§ 2. — L'APPLICATION JURISPRUDENTIELLE DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ

196. — L'entrée en vigueur de l'article 3 GG pose un problème délicat. Quel devait être le nouveau régime matrimonial légal? Le législateur ne s'étant pas prononcé, la charge revint aux tribunaux d'en décider et de régler la matière conformément au principe d'égalité des époux (6).

(3) Les motifs du BGB éclairent les fondements de ce régime; « le montant du revenu familial est surtout dépendant du mari. D'un autre côté c'est lui qui, par sa qualité de chef du ménage, doit déterminer le mode de vie de la famille et l'étendue des dépenses... Devant une telle situation il est entièrement normal et adéquat que lui seul ait la responsabilité d'équilibrer la dépense avec les revenus et de couvrir tout déficit qui peut survenir. Mais les mêmes raisons justifient son droit à tout le surplus des revenus. Lui seul supporte le risque et, dès lors, lui seul doit jouir des profits ». Motive zum BGB, t. IV, p. 157.

(4) Le Vorbehaltsgut se composait des objets personnels, des gains professionnels de la femme, des biens déclarés réservés par contrat de mariage ou par testament, des biens acquis librement par la femme, des biens acquis en remploi d'un bien réservé, des droits personnels de la femme. (§§ 1365-1372 BGB).

(5) Cet inconvénient était cependant compensé par le droit successoral qui accordait au conjoint survivant une part importante dans la succession de l'époux défunt (§ 1391 BGB). La jurisprudence appliqua l'idée de société, pour imposer un partage, lorsque la femme avait collaboré à l'affaire du mari, voir supra p. 179 et suiv.

(6) Une situation tout à fait semblable se présenta en République démocratique allemande dès l'entrée en vigueur de la Constitution. Les tribunaux appliquèrent à ce moment le régime de séparation de biens, OLG Dresde, 4 novembre 1949, NJ 1950 p. 21.

L'unanimité régnait pour penser que le régime légal du BGB et toutes les dispositions relatives à l'administration et la jouissance des biens d'apport de la femme par le mari, se trouvaient abrogés (7). L'article 3 GG fut appliqué rétroactivement : les mariages conclus sans contrat après l'entrée en application de l'article 3, ainsi que ceux conclus avant cette date, furent soustraits à l'empire des règles du BGB.

A notre connaissance il n'y a eu qu'une seule décision en sens contraire qui admit que le régime légal du BGB continuait à s'appliquer mais à titre de régime conventionnel tacite (8).

197. — Si les dispositions du BGB étaient abrogées, à quel régime légal nouveau devaient-elles faire place ? C'était la question essentielle. Les tribunaux ont élaboré progressivement une jurisprudence devenue constante à partir de 1955. Ils ont admis que les époux mariés sans contrat, avant ou après l'entrée en vigueur de l'article 3, vivaient sous le régime de la séparation de biens, seul régime compatible avec le principe d'égalité. Il ne s'agissait pas là d'un régime légal au sens propre, puisque son application ne reposait pas sur un texte de loi, mais sur la force d'une jurisprudence. Il était impossible d'élaborer un régime entièrement nouveau et les tribunaux se sont référés aux régimes déjà connus. Parmi eux le régime de la séparation de biens paraissait le seul acceptable, car il ne faisait pas échec aux pouvoirs de la femme sur son patrimoine (9). Cette solution fut contestée par certains tribunaux (10), qui étaient partisans d'un régime de communauté d'acquêts adopté à l'article 3 GG, au motif qu'un tel régime assure à la femme une participation aux gains réalisés pendant le mariage et à la création desquels elle a souvent collaboré. Cette tendance ne l'emporta pas, car il n'était pas de la compétence des tribunaux d'aménager le régime de communauté d'acquêts pour l'adapter au principe d'égalité. La séparation de biens offrait une solution plus simple et ce régime fut adopté par une jurisprudence constante (10).

L'immutabilité est ignorée du droit allemand (§ 1432 BGB) et les époux insatisfaits de l'application *ipso jure* du régime de séparation de biens, pouvaient par contrat adopter un autre régime matrimonial. La question de savoir si le régime légal du BGB continuait à s'appliquer lorsqu'il avait été choisi par contrat était controversée (12).

Accepté par la doctrine, faute de mieux, le régime de séparation

(7) BGH, 4 juillet 1953, NJW 1953, OLG Munich, 24 avril 1953, Bayer. Justizministerialblatt 1953, p. 150, OLG Celle, 19 mai 1953, JZ 1953.412, NJW 1953.86 et MDR 1953.427. LG Mannheim, 15 avril 1953, NJW 1953.665. LG Essen 20 mai 1953, NJW 1953.990.

(8) OLG Schleswig, 9 juillet 1953, JZ 1954.63.

(9) BGH, Avis du 6 septembre 1953, BCHZ II, Anhang 34. et décisions précitées.

(10) OLG Celle, précité, LG Hamburg, NJW 1953.909 (pour l'application du régime de communauté du droit local hambourgeois).

(11) H. DÖLLE, in A. ROUAST, *op. cit.* p. 29 et suiv.

(12) PALANDT, Kommentar zum BGB, Einführung vor § 1363, 16^e éd. contra, Beitzke, Familienrecht, 8^e éd. p. 57. BGH, 4 juillet 1957, FamRZ 1957.365.

de biens n'apparaissait pas satisfaisant. La doctrine et le législateur s'attachèrent à élaborer un régime légal nouveau qui respectât l'égalité des époux, tout en comportant un partage des gains réalisés pendant le mariage.

Section II

LA « ZUGEWINNGEMEINSCHAFT », NOUVEAU RÉGIME LÉGAL ALLEMAND (13)

198. — Le régime matrimonial de la Zugewinnngemeinschaft (14) est un régime intermédiaire entre la séparation de biens, à laquelle il emprunte le principe de la séparation des patrimoines et les régimes communautaires, auxquels il emprunte le principe du partage des bénéfices à la dissolution du mariage. Son originalité par rapport à ces deux systèmes réside dans les limitations apportées aux pouvoirs des époux de disposer librement de leurs patrimoines pendant le mariage et dans l'absence de constitution de masse commune à partager à la dissolution.

Ce régime n'était pas ignoré en Allemagne. Il était appliqué dans l'ancien droit en Hesse et en Franconie sous le nom de Errungenschaftsgemeinschaft (15).

Plusieurs droits locaux urbains l'avaient adopté (16). La Zugewinnngemeinschaft était considérée comme une société et à la dissolution le partage des bénéfices rendait l'un des époux créancier de l'autre.

Le code civil allemand a exclu ce régime des institutions matrimoniales germaniques au profit du régime conventionnel de la communauté réduite aux acquêts (Errungenschaftsgemeinschaft) (17).

Le principe de la Zugewinnngemeinschaft se retrouve également

(13) Ce régime fut établi par la loi du 18 juin 1957 et il fut décidé qu'il s'appliquerait, à compter du 1^{er} juillet 1958 aux ménages qui vivaient sous le régime légal de la séparation de biens au 30 juin 1958. Mais les époux pouvaient par contrat conclu avant ou après le 1^{er} juillet 1958 exclure l'application de la Zugewinnngemeinschaft. Pour les mariages célébrés avant le 22 juin 1957 les époux ou l'un d'eux pouvaient par déclaration faite au tribunal du domicile du mari, exclure la Zugewinnngemeinschaft.

(14) Nous conservons le terme allemand dont la traduction exacte est délicate. Ce terme est différemment traduit par : Communauté d'acquêts, communauté de bénéfices, participation aux acquêts, compensation des bénéfices ou péréquation des bénéfices; ces deux dernières traductions sont les moins mauvaises.

(15) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t. IV, *Das Familienrecht*, 7^e éd.

BERENT, *Die Zugewinnngemeinschaft*, 1915.

(16) *Mainzer Landrecht* (1755), *Stadtrecht von Regensburg* (1580) *Stadtrecht von Rothenburg* (1656), *Ulmer Stadtrecht*, *Coburgisches Recht*, V. MERZBACHER, *Die Zugewinnngemeinschaft AcP*, 1957 p. 1 (p. 9).

(17) *Motive zum BGB*, t. IV, p. 493.

dans certains droits étrangers (18); les droits nordiques, suédois, danois et norvégiens s'en sont largement inspirés et ils servirent à nouveau d'exemple au législateur allemand de 1957.

Cette idée n'était donc pas vraiment neuve et elle avait été, bien des fois, proposée à la réflexion du législateur. Des auteurs éminents s'en étaient faits les défenseurs (19) et leur opinion trouva, peu avant la réforme de 1957, de nombreux partisans (20).

Les deux projets gouvernementaux de réforme du droit de la famille l'adoptèrent, ainsi que la sous-commission parlementaire pour la réforme du droit de la famille (21), non sans débat, il est vrai (22).

§ 1. — LA SÉPARATION ET LA GESTION DES PATRIMOINES PENDANT LE MARIAGE (23)

A. — LE PRINCIPE

199. — Le principe de la *Zugewinnngemeinschaft* est de ne créer aucune masse commune entre les patrimoines des époux.

Les patrimoines demeurent distincts pendant toute la durée du mariage. Contrairement au système suédois des biens matrimoniaux, aucun bien n'est spécialement affecté aux charges du ménage et au partage ultérieur. Il n'y a pas, en théorie du moins, de distinction à faire entre biens propres et acquêts, ni entre biens personnels et biens matrimoniaux. Les promoteurs de la réforme ont voulu élaborer un régime simple et éviter les difficultés que provoque la création de plusieurs patrimoines entre deux personnes.

La fortune personnelle de chaque époux et les biens acquis après le mariage, restent propriété séparée (§ 1363 BGB). La seule exception à ce principe concerne les objets du ménage acquis en remploi : ceux-ci restent la propriété de l'époux propriétaire du bien remplacé, quel que soit celui des époux qui en a acquitté le prix (§ 1370 BGB), tout au plus l'époux non propriétaire qui a payé aura-t-il une créance contre l'autre à la dissolution. Les biens ainsi acquis sont subrogés dans la propriété de l'époux propriétaire.

(18) En Hongrie, il était, avant 1947, appliqué aux classes roturières.

(19) 33^e deutschen Juristentag, Heidelberg 1924 (Rapport de Th. Kipp) p. 325.

(20) 38^e deutschen Juristentag, Frankfurt/Main, 1950 (Rapport de E. ULMER, N^o 41).

(21) MASSFELLER-REINICKE, Zu dem Entwurf über die Neuordnung des ehelichen Güterrechts in der Fassung des Unterausschusses « Familienrechtsgesetz » des Bundestags, Beilage zum Bundesanzeiger N^o 154 von 10 August 1956.

(22) La *Zugewinnngemeinschaft* semble y avoir été adoptée pour satisfaire à la fois les partisans du régime de communauté d'acquêts (tel F. W. BOSCH) et les partisans de la séparation de biens.

(23) PALANDT-LAUTERBACH, Kommentar zum BGB, 17^e éd.; KRÜGER-BREITZKE-NOWACK, Gleichberechtigungsgesetz, §§ 1363 et suiv., ERMANN, Gleichberechtigungsgesetz, Nebenband zum BGB-Kommentar, §§ 1363 et suiv. C. RENARD, Le régime matrimonial légal, p. 211 et suiv. AMIOD DE DARDEL, La communauté de bénéfices, nouveau régime matrimonial légal allemand, Revue de droit suisse, 1960 p. 293.

Si les biens sont séparés, les dettes le sont aussi. Cependant les dettes nées d'un acte accompli par la femme dans le cadre du *Schlüselgewalt*, sont toujours dettes du mari, subsidiairement dettes de la femme. De même le jeu des présomptions de propriété peut amener un époux à payer sur son patrimoine personnel les dettes nées du chef de son conjoint. Ce sont là des effets généraux du mariage qui altèrent inévitablement la pureté du principe de la séparation des patrimoines entre époux.

200. — La séparation des patrimoines appelle, par réaction au principe de l'union des biens et de la communauté, la libre gestion de leurs patrimoines par les époux. La liberté de gestion est apparue comme la seule manière de respecter l'égalité juridique de la femme mariée, dont la capacité était méconnue par l'ancien régime légal du BGB.

Même si fréquemment la femme donne mandat à son mari d'administrer ses biens, il ne parut pas souhaitable d'ériger cette pratique en règle. Le droit allemand s'oppose par là au droit autrichien. Mais le mandat entre époux est toujours possible; le BGB régleme de façon particulière le mandat par lequel un époux abandonne tout ou partie de son patrimoine à l'administration de l'autre (§ 1359 et suiv. BGB).

Dans le principe chaque époux a la jouissance et l'administration de ses biens. Il peut en disposer à titre gratuit ou onéreux.

Cependant aussi libres que soient les époux dans la gestion de leurs biens, ils ne doivent pas pour autant méconnaître leurs obligations. Ils sont tenus au devoir d'entretien, qui contraint le mari principalement, et la femme subsidiairement, à affecter leurs biens aux charges du ménage. C'est là un effet du mariage sanctionné par l'action en rétablissement de la vie commune ou par le divorce. Mais la loi allemande va plus loin et punit pénalement une gestion contraire à l'intérêt de la famille : l'époux qui cause un dommage à l'autre en aliénant ou en détruisant les biens du ménage par mauvaise foi ou égoïsme est pénalement responsable (§ 170a StGB) (24).

Le régime légal allemand impose aux époux d'autres limitations au principe de la liberté de gestion.

B. — LES LIMITATIONS AU DROIT DE DISPOSITION

201. — Le principe de la liberté de gestion n'est pas absolu comme dans le régime de la séparation de biens. Un tel principe peut présenter des dangers que le législateur a cherché à prévenir : danger que l'un des époux ne dilapide son patrimoine et que, par une gestion inconséquente, il ne réduise à néant le droit au partage des bénéfices

(24) LANGE, Das Verhältnis von Zivil-und Strafrecht in § 170 StGB, FamRZ 1960.385.

qui naîtra à la dissolution au profit du conjoint; danger aussi que l'un des époux ne prive la famille de ses moyens d'existence. Le législateur allemand a suivi l'exemple des pays scandinaves (25) et imposé aux époux d'importantes limitations à la libre gestion de certains biens (26) : un époux ne peut, sans le consentement ou la ratification de l'autre, disposer de l'ensemble de son patrimoine (§ 1365 BGB), ni des meubles du ménage (Hausrat) (§ 1369 BGB). Ces dispositions ont donné lieu à des controverses doctrinales et à des décisions judiciaires nombreuses.

a) *La disposition de la totalité des biens* (§ 1365 BGB)

202. — « Un époux ne peut sans le consentement de l'autre s'obliger à disposer de l'ensemble de son patrimoine. (27) S'il s'est obligé sans le consentement de l'autre, il ne pourra remplir son obligation que si le conjoint y consent ». Le conjoint peut donc donner son consentement soit au moment de l'acte d'engagement, soit au moment de l'acte d'exécution (28).

Le législateur a voulu protéger la base même de l'existence de la famille (29).

L'interprétation de ce texte fut délicate et par suite contestée (30). Si cette disposition était sans portée pratique comme le croient certains auteurs (31), elle n'aurait pas donné lieu à une jurisprudence aussi abondante qu'immédiate. Il semble même qu'il s'agisse là d'une des seules parties du nouveau droit des régimes matrimoniaux à avoir provoqué des décisions jurisprudentielles.

L'interprétation du texte se limita à trois questions essentielles : que faut-il entendre par « disposer » et qu'est-ce que « l'ensemble du patrimoine » (Vermögen in ganzen ou Gesamtvermögen)? Comment les tiers cocontractants d'un époux seront-ils protégés? Il fallait donc déterminer d'une part le domaine d'application de la règle, d'autre part son opposabilité aux tiers.

(25) DÖLLE, *Vergleichende Bemerkungen zum Problem des künftigen gesetzlichen Güterstandes in Deutschland*, RabelsZ, 1953 p. 608.

(26) De même le projet français relatif au régime de participation aux acquêts impose le consentement des deux époux pour les donations entre vifs, MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, t. IV, p. 464.

(27) Le droit admet la disposition entre vifs du patrimoine.

(28) En droit allemand l'acte de disposition se divise en deux opérations successives : acte d'engagement d'abord créateur d'obligations et acte d'exécution de l'engagement, c'est-à-dire transfert de la propriété. Si l'un des époux s'est engagé avant son mariage et n'exécute qu'après le mariage, le consentement du conjoint n'est pas nécessaire. OLG Oldenburg, 24 juillet 1959, JZ 1960.60.

(29) KRÜGER-BREETZKE-NOWACK, *op. cit.* § 1365. Das BGB, Kommentar des BGB herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, § 1365, ERMANN, *op. cit.* § 1365.

(30) MÜLLER-FREIENFELS, *Kernfragen des Gleichberechtigungsgesetzes*, JZ 1957. 685, Lorenz, *Die Verfügungsbeschränkungen im Rahmen der Zugewinnngemeinschaft*, JZ 1959.105.

(31) RENARD, *op. cit.* p. 214.

1° *Le Domaine du § 1365*

203. — Disposer de l'ensemble de ses biens (32), cela peut être les aliéner, en disposer à titre gratuit, les remettre en gage ou constituer sur eux des droits réels au profit de tiers. Les cas les plus fréquents sont la transmission d'une exploitation rurale ou d'un fonds de commerce, la constitution de rente viagère, la constitution d'hypothèque, l'apport en société (33).

Cette dernière hypothèse de l'apport d'un immeuble ou d'un fonds de commerce en société souleva de vives discussions en doctrine (34), sans que les tribunaux aient été, à notre connaissance, saisis de cette question.

L'autre problème débattu et controversé en jurisprudence fut celui de savoir, si le fait de grever partiellement d'un gage immobilier un bien-fonds, qui représente la totalité du patrimoine, constitue une disposition au sens du § 1365 BGB. Certains tribunaux ont répondu par l'affirmative (35), d'autres par la négative (36). La question ne paraît pas avoir encore fait l'objet d'une décision de la Cour fédérale; mais la tendance de la jurisprudence est de n'admettre l'application du § 1365 que lorsque l'hypothèque ou le gage atteint « les fondements économiques de la famille ».

204. — La jurisprudence adopta au contraire une tendance plus extensive, dans l'interprétation de la notion de « totalité des biens » (37). Elle admit sans réserve que le bien dont l'époux dispose ou veut disposer, doit représenter la partie essentielle du patrimoine, même s'il n'en couvre pas la totalité (38). Les tribunaux ont estimé que la règle contenue dans le § 1365 BGB tendait à protéger l'existence matérielle

(32) La notion d'acte de disposition opposée à celle d'acte d'administration, est plus large en droit allemand qu'en droit français : tout acte qui a pour objet la perte d'un droit réel, ou même l'atteinte à un droit réel, au profit d'un tiers est considéré comme une disposition au sens du § 1365 BGB, voir Das BGB, *op. cit.* (§ 1365 Ann. 23).

(33) Il peut s'agir aussi de l'aliénation d'un portefeuille de titres qui est soumise à approbation lorsqu'il représente l'ensemble du patrimoine, OLG Köln, 11 janvier 1962, MDR 1963.51.

(34) Sur les difficultés que pose le régime légal en droit commercial, V. RITTNER, Handelsrecht und Zugewinnsgemeinschaft, Die Bedeutung des § 1365 BGB im Handelsrecht, FamRZ 1961 p. 1. TIEDAU, Gesellschaftsvertrag und neues Güterrecht, MDR 1959.253, EISELT, Die Bedeutung des § 1365 BGB für Gesellschaftsverträge, JZ 1960.562.

(35) LG Demold, 1^{er} août 1958, NJW 1958.1729, LG Bielefeld, 25 août 1958, FamRZ 1958.376, LG Siegen, 1^{er} décembre 1958, FamRZ 1959.64.

(36) LG Kiel, 17 décembre 1959, JZ 1959.315, OLG Hamm, 13 novembre 1958, FamRZ 1959.118, LG Berlin, 24 novembre 1958, FamRZ 1959.64, OLG Hamm, 18 mars 1960, FamRZ 1960.276, OLG Frankfurt, 7 juillet 1960, FamRZ 1960.500.

(37) Le § 1444 ancien BGB prévoyait une règle semblable en matière de régime de communauté. Le mari administrateur des biens communs, ne pouvait disposer totalement sans le consentement de la femme. La jurisprudence interpréta déjà de façon extensive cette disposition.

(38) OLG Hamm, 15 septembre 1959, FamRZ 1960.199.

de la famille, dont elle doit garantir le « wirtschaftliche Vermögensgrundlage » (39). Celui-ci ne pouvait l'être que si l'ensemble du patrimoine s'entendait comme le ou les biens qui en constituent l'essentiel; car il est finalement assez rare qu'une personne dispose en une fois de tous les éléments de son patrimoine. L'appréciation doit être faite d'un point de vue économique; il faut rechercher quelle est la source principale de l'existence de la famille (40). Une interprétation restrictive eut ôté tout effet au § 1365 BGB (41).

Suffit-il, pour que le § 1365 s'applique, que l'acte porte sur la partie essentielle du patrimoine de l'un des époux? Ce point de vue objectif que certains tribunaux ont eu tendance à adopter de façon exclusive, a été tempéré par l'adjonction d'une condition imposée par la jurisprudence pour assurer une relative protection des tiers.

2° *L'opposabilité aux tiers* (42)

205. — En principe, la loi n'organise aucune protection du tiers de bonne foi, qui a contracté avec un époux sans le consentement ou malgré l'absence de ratification du conjoint. S'il s'agit d'un acte unilatéral, il sera nul et ne peut être ratifié (§ 1367); s'il s'agit d'un acte bilatéral, d'un contrat de vente par exemple, passé sans le consentement du conjoint, l'acte est en suspens jusqu'à sa ratification. Toutefois le tiers peut le révoquer s'il ignorait que le cocontractant était marié (§ 1366 al. 2): il peut aussi sommer le conjoint de ratifier, la ratification devant alors intervenir dans un délai de 14 jours, faute de quoi elle est réputée refusée. Si la ratification est refusée, le tiers n'a aucune action en exécution, ni aucun droit en réparation de l'inexécution d'un acte non ratifié par le conjoint. La bonne foi n'étant pas protégée, ce dernier jouit, dès lors, d'une protection efficace car il peut exercer en son nom, contre le tiers, les actions résultant de l'invalidité de l'acte (§ 1368).

Cette situation a conduit les tribunaux à élaborer une certaine protection du tiers de bonne foi : celui-ci ne peut se prévaloir du fait qu'il ignorait que le cocontractant était marié et qu'il l'était sous le régime légal, même si ce fait lui a été caché: mais il peut, en revanche, lorsque l'objet de la disposition porte sur un ou plusieurs biens particuliers, invoquer le fait qu'il ignorait que ces biens représentaient la totalité du patrimoine du cocontractant. Dans ce cas sa bonne foi sera protégée et l'acte sera considéré comme valable selon l'application de la théorie dite subjective (43).

(39) Cette idée de « Grundlage » (fondement-base) est fréquente en droit allemand. On la rencontre dans la notion de « Geschäftsgrundlage » en matière d'imprévision.

(40) Bay. OLG, 20 novembre 1959, FamRZ 1960.31, OLG Celle, 25 novembre 1960, FamRZ 1961.30, OLG Hamm, 18 mars 1960, précité.

(41) Das BGB, *op. cit.* § 1365.

(42) KNUR, *Probleme der Zugewinnngemeinschaft*, p. 31 et suiv.

(43) OLG Hamm, 21 mars 1960, FamRZ 1960.419, OLG Frankfurt, 25 août 1960, FamRZ 1960.500.

Contra, BOSCH, partisan d'une protection plus étendue de la famille et d'une théorie objective, *Das neue Ehevermögensrecht*, FamRZ 1957.189.

Une protection plus générale, qui se présente comme un contrôle préventif de la régularité de l'acte, peut résulter des pouvoirs et des obligations du juge chargé du livre foncier (Grundbuch). Ce juge ne peut inscrire un acte dont il connaît ou peut connaître l'irrégularité. Il peut exiger le consentement ou la ratification de l'époux non propriétaire et ne procéder à l'inscription qu'une fois l'acte parfait (44).

206. — La loi a prévu l'hypothèse du refus abusif de consentir à l'acte ou de le ratifier. Dans ce cas l'époux qui veut disposer de l'ensemble de son patrimoine, peut s'adresser au tribunal des tutelles; l'alinéa 2 du § 1365 BGB dispose en effet que « si l'acte est conforme aux principes d'une gestion conséquente et saine, le tribunal des tutelles peut, sur la demande de l'époux remplacer le consentement du conjoint, lorsque ce dernier refuse sans motif suffisant ou qu'il est empêché par la maladie ou l'éloignement, et lorsqu'un retard dans l'exécution de l'acte présente un danger ». Une telle disposition va de soi (45); elle est prévue également en ce qui concerne la disposition des meubles du ménage.

b) *La disposition des meubles du ménage* (46)

207. — « Un époux ne peut, sans le consentement de l'autre, disposer des objets du ménage qui lui appartiennent ou s'engager à en disposer », dispose l'alinéa 1 du § 1369 BGB.

Cette disposition, directement inspirée des droits scandinaves, tend à protéger les biens nécessaires à la vie quotidienne de la famille et à garantir la consistance du patrimoine des époux en vue du partage à la dissolution; en effet les biens meubles, du ménage sont le plus souvent acquis pendant le mariage au profit de l'association conjugale, mais comme ils restent en principe la propriété séparée des époux, ils peuvent représenter des bénéfices à partager à la dissolution.

Telles sont les justifications que la doctrine allemande présente pour cette règle.

On peut se demander cependant si ce critère de « nécessité » et cette justification trouvée dans la garantie de la créance à la dissolution, sont bien les raisons profondes qui ont inspiré le législateur allemand, comme d'ailleurs tous les législateurs qui ont édicté des

(44) LG Bielefeld, précité, AmtsG Bielefeld, 21 avril 1960, FamRZ 1060.199, Bay. OLG, 20 novembre 1959, FamRZ 1960.31, OLG Hamm, 18 mars 1960, FamRZ 1960.277, OLG Hamm, 21 mars 1960, FamRZ 1960.279.

(45) Sur l'appréciation judiciaire des motifs qui peuvent pousser un époux à disposer de ses biens, BayOBLG 9 juillet 1963.421.

(46) BOEHMER, Einige Fragen zu der sogenannten Vinkulierung des Hausrats in § 1369 BGB, FamRZ 1959.1, Einige kritische Gedanken zur Gleichberechtigung, Festschrift für JW HEDEMANN, p. 38.

règles d'indisponibilité du mobilier par un seul époux. Il semble qu'il y ait, dans une telle règle, une idée sous-jacente qui en constitue le véritable fondement : c'est l'idée d'affectation des meubles au ménage, c'est-à-dire à l'usage commun des deux époux, quel que soit le titulaire du droit de propriété. Toute communauté conjugale établit une communauté de meubles tout au moins quant à l'usage.

C'est cette affectation spéciale qui justifie le traitement spécial des meubles du ménage et, dans les législations scandinaves, de l'immeuble d'habitation. La vie commune impose par elle-même une affectation irrévocable sinon par les deux époux. Le principe de séparation des patrimoines est mis en échec en ce domaine. Cependant une telle disposition protectrice de la famille est une menace pour les tiers.

En ce cas la protection des tiers n'est pas mieux assurée. De plus les tiers peuvent souffrir de l'absence de contrôle par le Grundbuchrichter. Enfin un tiers peut se méprendre sur l'affectation d'un bien meuble (47) lorsqu'il est plus aisé de prévoir qu'un immeuble ou un fonds de commerce peut représenter la partie essentielle du patrimoine d'un époux. Cette absence de la protection de la bonne foi est regrettable et elle explique les critiques que ce texte, par ailleurs légitime, a subies (48). Notamment lorsque les époux vivent séparés de fait, l'application du § 1369 BGB peut laisser prévoir bien des difficultés pour les tiers (49).

208. — On ne peut méconnaître les intérêts théoriques et pratiques attachés à ces limitations du droit de disposition. Leur réglementation technique laisse peut-être à désirer, mais elle témoigne du fait que la protection de la famille appelle inévitablement une organisation sociétaire des pouvoirs (50). Libres d'administrer leurs patrimoines comme ils l'entendent, les époux sont cependant liés l'un à l'autre lorsqu'un acte est de nature à mettre en cause l'existence matérielle de la famille. Les époux sont à la fois autonomes et solidaires. La loi allemande a cherché un équilibre entre ces deux aspects contradictoires de la vie conjugale. Cet équilibre doit être réalisé pendant le mariage dans l'exercice des pouvoirs et à la dissolution par le partage des bénéfices. Si la loi allemande met l'accent sur le principe d'autonomie pendant le mariage, la dissolution du régime fait apparaître au contraire le principe communautaire.

(47) Sur la détermination des biens qui tombent sous le coup du § 1369, V. KRÜGER-BREITZKE-NOWACK, *op. cit.* § 1369. Le critère de distinction doit être trouvé dans la destination du bien considéré; sert-il au ménage ou à l'usage personnel d'un époux?

(48) RITTNER, article précité (suite), FamRZ 1960.185.

(49) Bay. OLG, 2 février 1960, FamRZ 160.156, Le tribunal des tutelles ne peut remplacer le consentement de l'époux qui refuse que s'il y a état de nécessité. Dans cette espèce les époux étaient séparés de fait.

(50) NEUMAYER, Die Kombination von Vermögenstrennung und Vermögensteil-habe im ehelichen Güterrecht, RabelsZ 1953.377.

§ 2. — LA DISSOLUTION DU RÉGIME MATRIMONIAL LÉGAL

209. — Le législateur allemand a voulu organiser à la dissolution un partage des bénéfices réalisés par les époux pendant le mariage. Il a eu essentiellement en vue les intérêts de la femme, qui, dans la plupart des cas, n'exerce pas de profession et n'a pas la possibilité de créer une fortune personnelle. alors que par son activité domestique elle contribue cependant à la prospérité du ménage. Mais quelle que soit l'activité de la femme, un partage de gains correspond à la vocation communautaire de l'union conjugale. C'est une règle morale conforme à la solidarité. Un tel partage est ressenti comme juste; il est en outre conforme au principe d'égalité des époux, principe qui ne peut être seulement juridique et qui doit être également économique.

Cependant cette exigence de justice pose au praticien des difficultés importantes de réalisation. La principale critique que l'on peut faire aux régimes communautaires, est qu'ils sont d'une très grande complexité technique. Les biens ont eu, au cours du mariage, une histoire qu'il importe de reconstituer pour aboutir à un partage égal.

Le législateur allemand fut conscient de ces deux aspects du problème dont il a cherché à simplifier la technique. Ce souci de simplification fut son objectif principal. Il explique la dualité des solutions adoptées. Le partage des bénéfices, ou plutôt la péréquation des bénéfices (*Zugewinnausgleich*) se réalisera différemment selon que le mariage est dissous par le divorce ou par la mort de l'un des époux.

A. — LA DISSOLUTION DU RÉGIME MATRIMONIAL PAR DIVORCE (51)

210. — Le partage des gains se réalisera non pas sur la base d'une communauté de biens établie à la dissolution mais sur la base d'une communauté simplement comptable. On calculera les bénéfices réalisés par chacun des époux en comparant le montant de leurs patrimoines à la dissolution au montant de ces patrimoines au jour du mariage. La différence fera apparaître le montant des bénéfices réalisés par chacun; tout au plus peut-elle être nulle mais elle ne peut être négative car les dettes ne sont déduites que jusqu'à concurrence de l'actif. Une différence pourra apparaître entre le montant des bénéfices réalisés par l'un et par l'autre et c'est cette différence qui sera partagée entre deux parts égales. Un droit de créance égal à une part, naîtra au profit de l'époux qui a réalisé le moins de bénéfices. C'est ce que l'on nomme « péréquation des bénéfices » (*Ausgleich des Zugewinns*). Ce calcul suppose cependant la solution de questions préalables.

(51) Les solutions adoptées pour cette hypothèse valent aussi en cas d'annulation de mariage, et pour toute cause de dissolution du régime matrimonial autre que la mort de l'un des époux.

a) *La détermination du patrimoine initial et du patrimoine final* §§ (1373-1375 BGB)

211. — Le patrimoine initial est représenté par les biens dont chaque époux est propriétaire au jour du mariage. Ce patrimoine est nul ou positif, les dettes étant déduites à concurrence de l'actif.

Il faut ajouter au patrimoine initial les biens acquis par succession, en avancement d'hoirie, à titre de dot ou de donation; ces biens ne sont pas considérés comme des bénéfices et ils le seraient s'ils n'étaient pas imputés au calcul du patrimoine initial; ici encore, il s'agit de valeurs nettes de toute dette (§ 1374 BGB). Cependant il peut arriver que les biens ainsi acquis soient exclus du patrimoine initial lorsque « d'après les circonstances ils ne doivent pas y être imputés ». La loi vise le cas de la dot destinée à être dépensée, notamment lorsque les parents versent aux époux des sommes à effectuer aux dépenses journalières.

Peu importe que les biens du patrimoine initial existent encore en nature à la dissolution, puisqu'il s'agit de procéder à une compensation en valeur.

L'estimation de ce patrimoine peut poser des problèmes délicats lorsque le mariage a duré longtemps. C'est pourquoi la loi allemande attache une valeur probatoire particulière à l'inventaire et qu'elle pousse indirectement les époux à en dresser un. L'inventaire jouit d'une présomption d'exactitude (§ 1377, al. 1), et à défaut d'inventaire le patrimoine initial sera tenu pour nul (§ 1377 al. 3), c'est-à-dire que tout ce que possédait un époux au jour du mariage sera considéré comme des bénéfices à la dissolution. Les époux ont donc tout intérêt à dresser un inventaire, pour ne pas tomber en fait sous un régime de communauté universelle. Il s'agit cependant d'une présomption simple. La preuve contraire est admise par tous moyens (52). Si une telle présomption était irréfragable, le régime se transformerait en communauté universelle dans la plupart des cas. Reste à savoir si la pratique se conforme à cette exigence de fait.

212. — Le patrimoine final, seconde composante du calcul des bénéfices, est représenté par la valeur de l'actif du patrimoine à la dissolution; il est déterminé par la différence entre les actifs et les passifs. Cependant le calcul du patrimoine final peut se compliquer par l'adjonction du montant des biens dont un époux s'est appauvri au détriment des droits du conjoint (53). C'est là une mesure de protection.

(52) Das BGB, *op. cit.*, § 1377, Anm. 16.

(53) Le § 1375 BGB vise les dispositions à titre gratuit faites sans le consentement du conjoint et en dehors de toute obligation morale, les cas où l'un des époux a dilapidé ses biens et ceux dans lesquels un époux a agi dans l'intention de désavantager le conjoint. L'alinéa 2 précise que ces actes, pour être pris en considération, doivent avoir été accomplis au plus tôt dix ans avant la dissolution. Ils peuvent aussi justifier une demande de péréquation anticipée des bénéfices par l'autre conjoint.

Des présomptions semblables à celles qui s'attachent à l'inventaire du patrimoine initial sont établies au profit de l'inventaire du patrimoine final. Ce document peut être établi par les époux ou par l'un d'eux. Si l'autre conjoint n'est pas satisfait de l'inventaire présenté par l'autre, il peut demander l'établissement par expert d'un inventaire authentique. Ainsi s'explique que chaque époux soit tenu de renseigner l'autre sur l'état de son patrimoine final (§ 1379).

b) *L'évaluation des biens*

213. — L'estimation de la valeur des patrimoines initial et final peut s'avérer délicate. Mais elle est inévitable puisqu'il s'agit de procéder, non à un partage des biens, mais à un partage en valeur des bénéfices.

La loi détermine d'abord le moment où cette valeur doit être appréciée : le patrimoine initial s'apprécie au jour du mariage et les biens acquis par succession ou donation, au jour de leur acquisition. Le patrimoine final s'apprécie au jour de la demande en divorce, en annulation ou en péréquation anticipée, quand bien même le régime continue d'exister jusqu'au jour du jugement; le législateur a voulu ainsi éviter que les époux, sentant le partage proche, ne dilapident leurs bénéfices. Les actes d'appauvrissement accomplis en fraude aux droits du conjoint sont appréciés au jour où ils sont intervenus (§ 1380) (54).

Le calcul de la valeur pose le problème de l'unité monétaire à employer et celui de l'influence des fluctuations monétaires. La loi allemande ne semble pas avoir prévu ces problèmes et paraît plutôt avoir refusé de les régler de façon particulière. Elle s'en remet au droit commun (55).

Il est admis que l'estimation de la valeur doit être faite dans la même unité monétaire pour le patrimoine final et pour le patrimoine initial, et dans la monnaie en cours lors de la dissolution. Les créances de sommes d'argent ne posent pas de difficulté; les titres, actions ou obligations sont appréciés d'après leur valeur en bourse; les autres biens le seront d'après leur valeur marchande, mais si des contestations s'élèvent une expertise sera nécessaire. En ce qui concerne les variations de valeur d'un bien existant dans le patrimoine initial et final, le législateur a délibérément refusé d'en tenir compte et d'en déduire une justification pour modifier les règles de calcul. L'époux créancier supportera le risque d'une diminution, de même qu'il tirera profit

(54) Les exploitations rurales ou forestières qui se retrouvent dans le patrimoine initial et dans le patrimoine final sont estimées d'après leur valeur de rendement (§ 1376 al. 4).

(55) Le droit allemand régit, sur un plan général, les problèmes de fluctuations monétaires. La matière est trop complexe pour pouvoir être abordée ici, voir PALANDT-LAUTERBACH, Kommentar zum BGB, § 242. STAUDIGER, Kommentar zum BGB, § 242.

d'une augmentation de valeur (56). La proposition fut faite à la « Commission parlementaire pour le droit de la famille » d'inclure une réglementation spéciale, mais elle ne fut pas retenue parce que cela eût été la source de complications.

La loi n'a pas prévu non plus l'hypothèse des dépréciations monétaires et la doctrine admet qu'il faut appliquer les principes élaborés par la jurisprudence allemande sur la base du § 242 BGB en matière de révision des contrats. Cependant si le règlement du partage se révèle particulièrement injuste en raison de circonstances particulières, l'époux débiteur pourra refuser de payer en invoquant le § 1381, qui constitue une sorte de soupape de sûreté et permet ainsi de tenir compte des événements extérieurs qui peuvent rendre le partage inéquitable (57).

c) *Le partage des bénéfices*

214. — Comme nous l'avons vu, aucune masse commune, destinée au partage, n'est créée (58). La détermination et l'évaluation des patrimoines révélera l'existence des bénéfices réalisés par les époux pendant le mariage. Un partage sera fait de la différence entre les bénéfices de l'un et les bénéfices de l'autre. Celui des deux époux qui aura réalisé le plus de bénéfices sera débiteur envers l'autre de la moitié de cette différence. Un exemple chiffré nous montrera la technique employée :

Patrimoine initial de la femme :	1 000 DM;
Patrimoine final de la femme :	5 000 DM;
Bénéfices réalisés par la femme :	$5\,000 - 1\,000\text{ DM} = 4\,000\text{ DM};$

Patrimoine initial du mari :	1 000 DM;
Patrimoine final du mari :	10 000 DM;
Bénéfices réalisés par le mari :	$10\,000 - 1\,000\text{ DM} = 9\,000\text{ DM}.$
Différence des bénéfices entre les époux :	$9\,000 - 4\,000 = 5\,000\text{ DM};$

Créance de la femme contre le mari :	2 500 DM.
--------------------------------------	-----------

Il faut ajouter que les donations entre époux, lorsqu'elles dépassent les cadeaux usuels et normaux, sont imputées sur la créance de bénéfices (§ 1380).

215. — L'époux débiteur doit, en principe, s'acquitter immédiatement et en argent de sa dette (59); mais divers moyens légaux

(56) Das BGB *op. cit.*, § 1376 IV anm. 10-21.

(57) THIELE, Die grobe Unbilligkeit des Zugewinnsausgleiches, JZ 1960.394. THIERFELDER, Echter und unechter Zugewinn, FamRZ 1963.328.

(58) En ce sens le régime allemand se distingue du régime suédois et crée un système tout à fait original.

(59) Le § 1383 prévoit une exception au principe : le juge peut, sur la demande du créancier, imposer au débiteur qu'il remette à ce dernier des biens déterminés lorsque cela apparaît juste et équitable. Ces biens seront imputés sur la part de bénéfices que doit recevoir le créancier.

lui sont offerts pour en retarder le paiement : il peut demander au juge des délais (§ 1382) lorsque le paiement immédiat apparaît trop lourd et que l'époux créancier peut supporter un retard. Il peut même refuser de payer lorsque le paiement apparaît grossièrement inéquitable (§ 1381) (60). C'est le cas lorsque, par exemple, l'époux créancier n'a pas contribué aux charges du ménage, ou bien lorsque le divorce est prononcé à ses torts exclusifs. Ce texte, qui donne au juge un large pouvoir d'appréciation, paraît bien avoir une portée générale et être appelé à s'appliquer dans des circonstances très diverses (notamment, comme nous l'avons vu précédemment, en cas de dépréciation monétaire) (61).

Si le débiteur est protégé lorsqu'un intérêt sérieux s'oppose au paiement de la dette, le créancier jouit, lui aussi, de la protection de la loi.

B. — LA PÉRÉQUATION ANTICIPÉE DES BÉNÉFICES (Vorzeitiger Ausgleich des Zugewinns)

216. — De même que sous le régime légal français, la femme peut demander la séparation judiciaire de biens lorsque la gestion du mari lui paraît mettre en danger son patrimoine personnel, de même le droit allemand protège les époux contre une gestion qui va à l'encontre du partage avenir des bénéfices. L'époux, dont la créance paraît en danger, peut demander la péréquation anticipée des bénéfices; il est conforme au principe d'égalité que ce droit soit réciproque et appartienne aux deux époux. La loi allemande a prévu deux hypothèses principales.

a) *La péréquation anticipée en cas de séparation de fait*

217. — Le § 1385 dispose que « lorsque les époux vivent séparément depuis trois ans au moins, l'époux qui est justifié à vivre séparément peut demander la péréquation anticipée des bénéfices; il ne le pourra pas, si l'autre a également un droit à vivre séparément ».

La mise en œuvre de cette disposition suppose une appréciation préalable de la conduite des époux et de leur responsabilité dans la rupture de la vie commune. Le législateur a voulu éviter que l'époux coupable ne puisse ainsi bénéficier du droit à la péréquation anticipée. On aurait pensé qu'une telle opération pourrait être possible lorsque les torts sont réciproques. En en excluant la possibilité, la loi manifeste la défaveur qu'elle porte aux séparations de fait.

La séparation doit avoir duré trois ans au moins, délai au delà duquel cette séparation a bien des chances d'être définitive (62).

(60) THIELE, *op. cit.*

(61) KRÜGER-BREITZKE-NOWACK, *op. cit.*, § 1381.

(62) Comp. § 48 EheG.

Il peut dès lors être prudent de ne pas attendre la dissolution du mariage pour procéder à la péréquation, puisque l'époux créancier n'a aucun moyen de contrôle de la gestion de l'autre.

b) *Les autres cas de péréquation anticipée*

218. — Le § 1386 prévoit d'autres hypothèses où la péréquation anticipée peut être demandée et qui tendent directement à protéger un époux contre la mauvaise gestion de l'autre. Il s'agit d'abord des cas où un époux ne remplit pas son devoir de secours. La loi prévoit aussi le cas où un époux dispose de l'ensemble de son patrimoine sans le consentement de l'autre, ou lorsqu'il s'appauvrit par des donations inconsiderées, c'est-à-dire lorsqu'il met en danger la péréquation future des bénéfices.

La demande est également possible lorsqu'un époux refuse de fournir à l'autre des renseignements sur l'état de son patrimoine.

Si la péréquation anticipée est prononcée, les époux, dont le mariage n'est pas dissous, sont considérés comme vivant sous le régime de la séparation de biens.

Ce système de partage, apparemment assez simple, a paru encore trop complexe et le législateur le rejeta au profit d'une autre solution, lorsque le mariage est dissous par la mort de l'un des époux.

C. — LA DISSOLUTION DU RÉGIME MATRIMONIAL LÉGAL PAR LA MORT DE L'UN DES ÉPOUX (63)

220. — La dissolution par la mort est le cas le plus fréquent et le plus normal. Dans cette hypothèse le législateur a cherché à établir le système le plus simple possible.

En effet, tout système de partage ressuscite plus ou moins les complications du régime de communauté. Les premiers projets de loi prévoyaient cependant un système unique, celui de la péréquation des bénéfices. Mais le législateur, en adoptant le système du « forfait légal » a voulu éviter les contestations qui peuvent s'élever entre le conjoint survivant et les héritiers du défunt lors de la détermination et de l'évaluation des patrimoines. C'est pourquoi il jugea préférable d'intégrer le partage des bénéfices dans la dévolution successorale en modifiant les droits héréditaires du conjoint survivant (64). Cependant celui-ci reste libre; il peut refuser l'application du forfait et demander la péréquation des bénéfices; s'il accepte le forfait, il aura

(63) BOEHMER, Zur Auslegung des § 1371 Abs. 1-3 BGB, NJW 1958.524, FERID, Zwei Gesichtspunkte zur erbrechtlichen Lösung des Zugewinnausgleiches bei Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten, FamRZ 1957.70.

(64) KRÜGER-BREITZKE-NOWACK, *op. cit.*, § 1371, Das BGB, *op. cit.*, § 1371, PALANDT-LAUTERBACH, *op. cit.*, § 1371, BEITZKE, Familienrecht, p. 68 et suiv., AMIOD DE DARDEL, article présenté, RENARD, *op. cit.*, p. 222.

droit d'ajouter à sa part héréditaire un quart du patrimoine du défunt (§ 1371 al. 1 BGB) (65). Cependant cette attribution du quart n'est pas faite à titre successoral mais à titre matrimonial. La loi présume l'existence de bénéfices réalisés pendant le mariage et elle détermine la part du conjoint survivant sur ces bénéfices selon une base forfaitaire. On présume que la moitié du patrimoine du défunt représente des bénéfices et on décide en conséquence que le conjoint aura droit au quart de ce patrimoine en plus de sa part héréditaire (66).

Cette situation ne se présente que si le conjoint survivant est héritier. Lorsqu'il ne l'est pas, pour cause d'indignité, de renonciation à la succession ou pour d'autres causes, il pourra, selon les cas, demander la péréquation des bénéfices, ou demander l'attribution de sa réserve d'un huitième (al. 2 et 3 du § 1371) (67).

Il est évident que le législateur a tenu un plus grand compte du conjoint survivant que des enfants issus du mariage. Les descendants du prémourant ne sont spécialement protégés que lorsqu'ils sont issus d'un précédent mariage du prémourant. Cette protection peut d'ailleurs être illusoire car le conjoint survivant est seulement tenu de garantir aux enfants d'un premier lit des moyens d'existence et d'éducation sur le quart de la succession qu'il a reçu à titre de bénéfices (§ 1371 al. 4) (68).

Section III

APPRÉCIATION CRITIQUE DU RÉGIME LÉGAL ALLEMAND DE LA ZUGEWINNSMEINSCHAFT

221. — C'est vouloir l'impossible que de prétendre élaborer un régime matrimonial légal idéal et parfait, c'est-à-dire qui convienne à tous les ménages et à toutes les situations. On peut discuter sans fin des avantages et inconvénients des différents régimes matrimoniaux

(65) § 1371 alinéa 1 : « Lorsque le régime est dissous par la mort de l'un des époux, la péréquation des bénéfices se réalisera par une augmentation de la part héréditaire du conjoint survivant équivalente à un quart de la succession; il est indifférent que les époux aient ou non réalisé des bénéfices ».

(66) Les droits héréditaires du conjoint survivant sont réglementés par les §§ 1931 et suiv. BGB. En présence d'enfants, il a droit au quart du patrimoine du défunt, dont la moitié soit un huitième est de réserve. Ainsi en présence d'enfants communs le conjoint survivant recevra la moitié de la succession; s'il n'y a pas d'enfant, il recevra les trois quarts.

(67) § 1371 alinéa 2 : « Si le conjoint survivant n'est ni héritier ni légataire, il peut demander la péréquation des bénéfices selon les §§ 1373 à 1383 et 1390. Alinéa 3 : Si le conjoint survivant renonce à la succession il peut, en plus de la péréquation des bénéfices, demander l'attribution de sa réserve, même si les règles successorales ne la lui accordent pas dans un tel cas; ceci ne s'applique pas lorsqu'il a renoncé à sa part héréditaire légale et à ses droits réservataires par un contrat conclu avec son conjoint ».

(68) Une étude approfondie de cette matière supposerait de larges explications sur le droit allemand des successions.

et des combinaisons possibles, que l'histoire et le droit comparé offrent à l'attention des juristes et des législateurs. Un régime légal peut seulement avoir plus ou moins d'inconvénients. Le jugement que l'on peut porter sur un régime matrimonial doit donc être relatif et tolérant.

Que penser du régime allemand? Le législateur a-t-il atteint les buts qu'il se proposait? A-t-il créé un bon régime? A en croire la doctrine allemande, il ne le paraît pas, car maints auteurs ont vivement critiqué la réforme (69). Cependant si les défauts du régime ont été mis en évidence, ces critiques ont peut-être caché ses qualités...

La qualité principale du régime de la *Zugewinnsgemeinschaft* est d'être un régime simple qui réduit au minimum les complexités de tout régime matrimonial. Et cette simplicité est à l'honneur des juristes allemands, considérés trop volontiers comme des esprits théoriques.

Mais cette simplicité du régime n'est-elle pas acquise parfois au prix d'injustices? est-elle toujours réelle?

§ 1. — LE FONCTIONNEMENT DU RÉGIME PENDANT LE MARIAGE

222. — Il semble que le régime puisse fonctionner sans difficulté. On peut critiquer le principe de la séparation des patrimoines, plus pour des raisons morales que techniques.

Cependant, trois objections principales peuvent être faites au fonctionnement du régime.

La première concerne la nécessité de dresser un inventaire au début du mariage en prévision d'une éventuelle dissolution du mariage par divorce. L'inventaire n'est pas un mal en soi et ce n'est pas obligatoirement un signe de méfiance que d'en établir un (70). Mais on peut douter que la pratique aille dans ce sens. Des époux qui se marient sans contrat de mariage ne prévoient pas, en règle générale, les conséquences financières de leur union, sauf s'ils se soumettent volontairement au régime légal, ce qui suppose qu'ils soient renseignés sur son contenu. Sinon auront-ils l'idée de faire un inventaire de leurs biens? Pourtant l'utilité de cet acte est évidente et si la moindre contestation s'élève à la dissolution, ce qui est prévisible en cas de divorce, l'absence d'inventaire ne peut que compliquer le règlement du partage ou le rendre injuste en considérant tous les biens du patrimoine final comme des bénéfices.

La seconde et la troisième critiques que l'on peut faire au régime légal allemand concernent les limitations du droit de disposition.

En premier lieu, la protection de la bonne foi des tiers paraît véritablement insuffisante. En droit allemand, qui s'enorgueillit d'assurer une efficace protection des tiers par la publicité du *Grundbuch*, cela apparaît comme un grave défaut. Il est vrai que le § 1365 BGB

(69) KNUR, *Probleme der Zugewinnsgemeinschaft*, a consacré son ouvrage à la critique du régime légal.

(70) BEITZKE, *op. cit.*, p. 76.

s'appliquera rarement et que le tiers de bonne foi sera protégé lorsque l'acte porte sur la disposition d'un bien particulier qui constitue en fait l'essentiel du patrimoine sans en couvrir la totalité.

Le législateur a voulu protéger la famille, mais il ne semble pas avoir assuré un équilibre satisfaisant entre ces deux intérêts sociaux contradictoires que sont la sécurité du commerce juridique et la protection de la famille. Le nombre important de décisions judiciaires sur ce point témoigne du mauvais fonctionnement du régime. Si la publicité des régimes matrimoniaux, assurée en Allemagne par un registre spécial (Güterrechtsregister) permet à un tiers acquéreur d'un immeuble ou d'un fonds de commerce de se renseigner, ira-t-il toujours consulter ce registre lorsqu'il s'agira de la vente du frigidaire ou de l'appareil de radio? Cependant on peut rétorquer qu'il est inévitable que des dispositions nouvelles soient déroutantes pour la pratique et qu'elles donnent lieu à des procès au début de leur application, jusqu'à ce que la pratique se conforme à leurs exigences.

En second lieu, il eût peut-être été préférable de spécifier les biens dont un époux ne peut disposer librement ainsi que la nature des actes qui constituent une disposition. La notion d'ensemble du patrimoine est vague et la protection de la famille eût gagné à une définition plus précise. On aurait pu admettre qu'un époux ne peut disposer de ses immeubles, fonds de commerce, exploitations rurales — et ajouter en dernier lieu — et de l'ensemble de son patrimoine, afin d'atteindre toutes les catégories de biens, notamment lorsque toute la fortune d'un époux est constituée en valeurs mobilières. La règle du § 1365 BGB a surtout été critiquée à cause de ses répercussions en matière commerciale, domaine où l'excès de formalités est ressenti plus vivement qu'en matière civile (71). De nombreux auteurs préconisèrent la non application du § 1365 BGB en matière de société commerciale (72), ou du moins d'importantes restrictions, afin d'éviter que le droit des sociétés ne « passe constamment par le filtre du droit de la famille ».

Par ailleurs, on peut se demander si la péréquation anticipée des bénéfices ne constitue pas une sanction trop radicale lorsque l'un des époux a agi en fraude des droits de l'autre. Il eut peut-être été meilleur d'imposer le consentement des deux époux pour les donations faites aux tiers; une telle extension des limitations à la libre disposition des biens eût permis un contrôle et ainsi évité les complications que le problème des donations indues introduit dans la péréquation des bénéfices.

(71) RITTNER, *op. cit.*, EISELT, *op. cit.*

(72) TIEDAU, *op. cit.*, BOESEBECK, Gefährdung von Gesellschaftsverträgen durch die Zugewinnngemeinschaft, BB 1958.1147.

§ 2. — LA DISSOLUTION DU RÉGIME

223. — La dissolution du régime présente des solutions originales et finalement simples.

Cependant, à partir du moment où l'on conserve, dans un régime séparatiste, des idées communautaires, il est inévitable que les difficultés inhérentes aux régimes communautaires réapparaissent. Celles-ci existent, quoique d'une façon limitée, dans le régime de la *Zugewinnngemeinschaft*, lorsque la dissolution se produit autrement que par la mort de l'un des époux.

Le régime impose une distinction des biens au sein de chaque patrimoine : pour déterminer le patrimoine initial, il faudra distinguer les biens possédés avant le mariage et ceux acquis par succession ou donation, de ceux acquis postérieurement au mariage. N'est-ce pas réintroduire sous une forme altérée la distinction des biens propres et des acquêts ? Cependant cette recherche est autrement plus simple que dans un régime de communauté.

Ensuite, la loi n'a pas supprimé le problème des récompenses. L'idée est présente bien que non avouée, puisque les valeurs dilapidées et les donations indues ainsi que le montant des actes accomplis en fraude aux droits du conjoint devront entrer dans le calcul du patrimoine final. L'opération se fera, il est vrai, de façon purement comptable. C'est l'idée de l'action paulienne qui est ici mise en œuvre, c'est-à-dire le principe de l'inopposabilité au créancier des actes frustatoires de son débiteur. Ceci est imposé dans le but d'assurer une protection de l'époux créancier, dont les droits peuvent être méconnus du fait de la séparation des patrimoines et des pouvoirs. Il en est presque toujours ainsi en matière de régimes matrimoniaux : aucun principe ne peut être absolu et toute idée se trouve tempérée par des contre-poids qui permettent d'éviter que l'application des principes ne se fasse au détriment de l'intérêt de la famille et des droits du conjoint.

Enfin, cette protection est-elle suffisamment assurée par un simple droit de créance à la dissolution ? Il est étonnant que la loi allemande n'ait pas distingué l'époux créancier des autres créanciers de l'époux débiteur.

Ces difficultés ont été écartées lorsque le régime se dissout par la mort de l'un des conjoints. Mais n'est-ce pas parfois au prix d'injustices ? L'attribution d'un forfait, qui écarte dès lors tout calcul, est-elle équitable lorsque le défunt n'a pas réalisé de bénéfices ou même lorsque ses bénéfices n'atteignent pas le montant du forfait ? Il nous semble que, dans un tel cas, le conjoint survivant se trouve par trop privilégié par rapport aux autres héritiers. La règle est juste lorsque le prémourant est le mari et qu'il a effectivement réalisé des bénéfices. Mais dans le cas contraire, soit que le mari survive à la femme, soit qu'il n'ait pas réalisé d'augmentation importante de son patrimoine, le forfait légal aboutit à faire sortir, peut-être sans raison, les biens

de la famille à laquelle ils devraient normalement revenir. Ceci n'est d'ailleurs vraiment injuste qu'en l'absence d'enfant commun.

Ce fut là la principale critique portée à ce système (73) et qui conduira peut-être à une révision législative. Même sans considérer le conjoint comme un intrus dans la famille souche, un meilleur équilibre du droit matrimonial et du droit successoral pourrait être trouvé.

Cependant cet effort du législateur allemand pour simplifier la dissolution du régime légal est remarquable, et devrait servir d'exemple au législateur français, même si ce dernier n'entend pas adopter les mêmes techniques.

Aucun régime n'est exempt de défaut, aucun ne peut prétendre être un bon régime pour tous les ménages, et c'est une des raisons pour lesquelles la liberté des conventions matrimoniales est une nécessité.

(73) BEITZKE, Familienrecht, p. 69.

CHAPITRE III

Les modifications apportées aux régimes conventionnels (1)

224. — Le BGB connaissait plusieurs régimes conventionnels. Bien que ceux-ci relèvent de la liberté des conventions matrimoniales, principe qui permet aux époux d'adapter leur régime à leur situation particulière, le législateur ne s'en désintéresse pas et la loi d'égalité du 18 juin 1957 ne pouvait les ignorer (2).

L'application de la Loi fondamentale et du principe d'égalité ne devait pas porter atteinte à la liberté des conventions matrimoniales. Ce principe s'impose au législateur; les époux ne doivent pas être traités différemment par la loi; mais il leur est loisible de déroger dans leur contrat au principe d'égalité, et d'admettre la prépondérance de l'un des époux dans la gestion des biens par exemple. L'égalité qui s'impose au législateur n'est pas un principe impératif pour les époux (3).

Si le principe de la liberté des conventions matrimoniales (*Vertragsfreiheit*) autorise les époux à exclure l'égalité de leurs rapports patrimoniaux, le législateur, lui, ne peut y déroger et l'article 3 GG lui impose de modifier la réglementation des régimes conventionnels contraires au principe d'égalité. Le législateur allemand profita de cette occasion pour simplifier considérablement la matière.

A partir du 1^{er} juillet 1957, les régimes conventionnels furent soumis à une réglementation nouvelle conforme au principe d'égalité des sexes.

(1) Une étude complète des régimes conventionnels allemands dépasserait le cadre de notre travail; nous n'en traiterons donc que dans la mesure où leur réglementation s'est trouvée affectée par le principe d'égalité des époux.

(2) Les contrats conclus avant l'entrée en vigueur du principe d'égalité restent valables, même s'ils contreviennent à ce principe, OLG Hamm, 10 décembre 1953, NJW 1954, 1163; pendant la période transitoire, les régimes du BGB pouvaient être valablement conclus jusqu'à la promulgation de la loi d'égalité; cela était la conséquence normale de la liberté des conventions matrimoniales.

(3) Dans BGB, *op. cit.*, § 1408 ann. 6.

La loi du 18 juin 1957 a réduit le nombre des régimes conventionnels : la « Errungenschaftsgemeinschaft » ou communauté d'acquêts fut supprimée, le législateur ayant estimé que le régime légal était suffisant pour réaliser un partage des bénéfices à la dissolution. La « Fahrnisgemeinschaft » ou communauté de meubles et d'acquêts fut également supprimée car elle était très rarement choisie (4). Seul le régime de communauté issu de la « Allgemeine Gütergemeinschaft » fut conservé. Un seul régime communautaire parut suffisant car les époux peuvent, en modifiant la composition des masses, modeler leur régime et se rapprocher de l'un ou de l'autre des régimes supprimés (5).

Cependant le principe d'égalité imposait une réforme de l'administration des biens pendant le mariage...

La loi a maintenu le régime de la séparation de biens, lequel est à la fois un régime légal, lorsqu'il est imposé à la suite d'une péréquation anticipée ou d'une dissolution anticipée de la communauté, et un régime conventionnel lorsqu'il est choisi librement par contrat.

Section I

LE RÉGIME DE COMMUNAUTÉ

225. — Les changements apportés par la loi au régime de communauté concernent essentiellement l'exercice des pouvoirs de gestion des époux sur les biens communs. La composition des masses et les règles de dissolution du régime n'ont pas été modifiées (6). Ce n'est d'ailleurs que par rapport à l'exercice des pouvoirs que le régime de communauté contredit l'idée d'égalité des époux.

Selon le BGB, le mari détenait seul l'administration des biens communs ainsi que l'administration du *Sondergut* de la femme, de même qu'en droit français il administre seul les biens propres de la

(4) KRÜGER-BREETZKE-NOWACK, *op. cit.*, § 1415, Übersicht.

(5) BEITZKE, *op. cit.*, p. 82.

(6) On peut distinguer trois masses principales :

Les biens communs (*Gesamtgut*) qui font l'objet d'une propriété en main commune (*Gesamthandvermögen*) des deux époux (§ 1419 BGB). La masse commune se compose des biens des époux au moment du mariage et des biens acquis par eux pendant le mariage dans la mesure où ces biens ne font pas partie d'une autre masse. Il existe d'ailleurs une présomption de communauté. Les biens communs sont principalement affectés aux charges du ménage.

Le *Sondergut* est exclu de la communauté (§ 1417). Ce sont les biens intransmissibles ou incessibles par acte juridique (rentes insaisissables, dommages-intérêts pour préjudice personnel, droits d'usage, parts de société). Les revenus du *Sondergut* tombent en communauté.

Le *Vorbehaltsgut* ou biens propres ou réservés se compose des biens exclus de la communauté par contrat de mariage, des biens acquis par succession ou par donation lorsqu'ils l'ont été sous condition qu'ils fassent partie du *Vorbehaltsgut*, des biens acquis en remploi ou en remplacement d'un bien propre, et des revenus de ses biens. Le *Vorbehaltsgut* était géré librement par les époux.

femme. Les pouvoirs du mari résultaient de sa prépondérance générale dans le ménage, du principe de l'unité de gestion des biens communs et des droits de la communauté comme usufruitière des biens propres des époux. Ces pouvoirs faisaient du mari un quasi-proprétaire, ce qui, comme en droit français, avait tendance à rapprocher le régime de communauté du principe de l'unité des biens. Cependant le droit allemand lui imposait de plus importantes limitations que le droit français qui laissait le mari absolument libre de sa gestion (7). En droit allemand, l'accord de la femme était exigé pour la disposition de l'ensemble du patrimoine commun, pour la disposition des immeubles communs et pour la donation des biens communs.

Bien que ses gains tombassent en communauté, la femme ne pouvait engager cette dernière. Les actes de la femme n'engageaient la communauté que dans la mesure de son enrichissement. Il n'y avait d'exceptions à ce principe que lorsque la femme exerçait un commerce avec l'approbation de son mari ou lorsqu'elle se trouvait administrateur de la communauté comme « Notverwalterin » du fait de l'incapacité matérielle ou morale de son mari d'assumer ses pouvoirs.

226. — La loi d'égalité a modifié cette répartition des pouvoirs et admis des solutions à la fois originales, souples et libérales. Elle a voulu établir un système de gestion commune, de co-gestion, et réserver en même temps la possibilité d'une unité de gestion. Le principe actuel, qui s'applique en l'absence de règles conventionnelles, est celui de la gestion commune. Mais les époux peuvent par contrat accepter la règle de l'unité de gestion et décider lequel des deux époux administrera les biens communs, sous réserve naturellement des limitations apportées par la loi aux pouvoirs de gestion d'un seul époux.

De plus, quelle que soit l'option prise par les époux à l'égard de la gestion des biens communs, le *Sondergut* échappe désormais aux pouvoirs de l'époux administrateur. Chaque conjoint administre son *Sondergut*, mais pour le compte de la communauté, car les revenus sont communs.

§ 1. — LA GESTION COMMUNE DES BIENS COMMUNS

227. — Si les époux n'ont pas décidé lequel des deux administrera le patrimoine commun, la loi décide qu'il le sera par les deux époux (§ 1421 BGB). Si la désignation par contrat d'un administrateur unique n'a pas été transcrite au registre des régimes matrimoniaux ou qu'elle était ignorée des tiers, les époux sont, à l'égard des tiers, présumés co-administrateurs (§ 1412).

Dans ce système les deux époux doivent collaborer à la gestion courante et agir de concert (§ 1451). Mais la loi prévoit le recours

(7) Depuis la loi du 22 septembre 1942, la femme doit consentir aux donations des biens communs.

au tribunal des tutelles, en cas de refus de l'un des époux de consentir à un acte quelconque. La disposition par l'un des époux des biens communs sans le consentement de l'autre encourt les mêmes sanctions que sous le régime légal, lorsqu'un des époux dispose de l'ensemble de son patrimoine ou des objets du ménage.

Cependant, une possibilité d'action unilatérale devait aussi être prévue afin d'éviter les risques et les entraves que le principe de co-gestion entraîne. C'est pourquoi l'un des époux peut en son nom, ou au nom des deux, accomplir un acte de gestion sur les biens communs, lorsque l'autre se trouve dans l'impossibilité d'y participer et que tout retard dans l'exécution comporte un danger. De même la loi énumère un certain nombre d'actes que chaque époux peut faire unilatéralement et dans l'intérêt de la communauté (§ 1455). En principe, les époux n'ont pas le pouvoir d'engager seuls la communauté; le patrimoine commun ne répond des dettes que lorsque l'acte a été accompli avec le consentement des deux époux ou lorsqu'il pouvait l'être valablement par un seul. Mais les créanciers de l'un ou l'autre des époux peuvent poursuivre leur créance sur les biens communs et même contre les époux personnellement, considérés comme débiteurs solidaires.

§ 2. — LA GESTION DES BIENS COMMUNS PAR UN SEUL ÉPOUX

228. — La gestion unique présente des avantages et une sécurité pour le commerce juridique, qui sont tels, que la loi ne pouvait en exclure la possibilité. Mais la notion de prépondérance maritale ayant disparu des institutions allemandes, la loi ne pouvait, sans violer le principe d'égalité, confier la gestion au mari. C'est pourquoi elle laissa les époux libres de décider qui, du mari ou de la femme, administrera les biens communs pendant le mariage. Alors qu'en droit français les pouvoirs du mari comme chef de communauté sont d'ordre public, cette matière relève en droit allemand de la libre décision des époux.

L'époux qui administre les biens communs peut en prendre possession, en disposer, agir en justice à leur propos et en son nom personnel. Cependant d'importantes limitations sont apportées à ses pouvoirs. La participation de l'autre époux est exigée pour tout acte grave : tout d'abord l'époux administrateur a le devoir de renseigner l'autre sur l'état du patrimoine commun chaque fois qu'il le demande. Ensuite, il ne peut sans le consentement ou la ratification du conjoint, disposer de l'ensemble du patrimoine commun, des immeubles communs (ainsi que des navires) ni faire donation d'un bien commun, sauf si la donation correspond à un devoir moral. Le défaut de consentement entraîne les mêmes sanctions que lorsqu'il s'agit d'une gestion commune.

Lorsque l'époux administrateur est empêché, l'autre époux peut, sans autorisation judiciaire, le remplacer pour l'accomplissement d'un

acte urgent et utile à la gestion. Il peut dans ce cas agir au nom du conjoint ou en son nom personnel. L'époux administrateur est personnellement responsable à l'égard de la communauté des fautes de gestion qu'il a pu commettre, mais il n'engage pas l'autre époux par ses actes d'administration.

§ 3. — APPRÉCIATION CRITIQUE DU RÉGIME ALLEMAND DE COMMUNAUTÉ

229. — Le législateur allemand nous paraît avoir harmonisé de façon satisfaisante le principe d'égalité des époux et le régime de communauté.

Laisser aux deux époux le choix de la gestion, tout en assortissant les pouvoirs de disposition de limitations dans l'intérêt de la famille, semble tout à fait opportun. La loi respecte à la fois le principe d'égalité, la liberté des conventions matrimoniales et l'unité de gestion.

Il est également heureux de permettre à l'époux non administrateur d'agir dans l'intérêt de la communauté, sans habilitation judiciaire spéciale.

Enfin, il est juste d'avoir retiré au mari administrateur la gestion des biens propres de la femme. Il est en effet tout à fait contraire au principe de la capacité de la femme mariée de lui enlever tout pouvoir sur ses biens propres, sous le prétexte du droit de jouissance de la communauté.

Les droits de la communauté sur les revenus des biens propres peuvent être garantis par d'autres techniques (8). La gestion séparée des propres peut parfaitement s'articuler à un régime de communauté, tout en admettant que les revenus tombent dans la masse commune.

Trop peu de temps s'est encore écoulé depuis l'entrée en vigueur de la loi allemande pour que l'on puisse savoir dans quel sens s'orientera la pratique. On peut penser, avec les auteurs (9), que les époux hésiteront à assumer les difficultés de la gestion commune et que, en règle générale, l'administration des biens communs sera confiée au mari. Seule une étude sociologique faite auprès des notaires allemands le révélerait. Mais il paraît bon de réserver aux époux le choix du gérant des biens communs ainsi que de larges possibilités pour l'autre époux d'agir au profit de la communauté lorsque son intervention est nécessaire. Ce n'est là qu'un signe de la solidarité entre époux. Cependant une publicité doit exister pour permettre aux tiers de savoir qui gère la communauté; cette publicité est réalisée en Allemagne par le registre des régimes matrimoniaux, dont les mérites ne sont plus à démontrer. Il serait souhaitable que l'on s'inspirât

(8) RENARD, *op. cit.*, p. 275 et suiv.

H. SINAY, Une réforme des régimes communautaires par la suppression du droit de jouissance de la communauté sur les biens propres des époux, JCP 1950; Doct. 878.

(9) BEITZKE, *Familienrecht*, p. 85.

en France d'une institution semblable qui rendrait possible une réforme plus cohérente du droit matrimonial des biens.

230. — Il semble que nous soyons attachés, en France, à l'idée de communauté comme régime légal; aussi aurions-nous peut-être plus à apprendre du régime allemand conventionnel que du régime légal de la *Zugewinnngemeinschaft*. Il semble en effet qu'en ce qui concerne l'organisation des pouvoirs, le régime allemand de communauté ait su respecter la tradition tout en l'adaptant aux exigences humaines, sociales et techniques de notre époque.

Section II

LE RÉGIME DE SÉPARATION DE BIENS

231. — Il y a peu à dire d'un régime bien connu en France et dont la réglementation semble avoir désintéressé le législateur allemand. D'une part aucune réforme de fond n'était nécessaire pour un régime déjà conforme au principe d'égalité des époux, d'autre part le droit général du mariage suffit à établir les quelques règles élémentaires qui assurent le fonctionnement du régime.

Le régime de la séparation de biens peut être adopté par contrat, mais il peut s'appliquer aussi en dehors de la volonté expresse des époux. Il fut tenu pour régime légal pendant la période d'application jurisprudentielle du principe d'égalité, et il demeure un régime légal lorsque les époux ont rejeté sans plus de précision le nouveau régime de la *Zugewinnngemeinschaft*, soit au moment du mariage, soit postérieurement. Il s'applique également à la suite d'une péréquation anticipée des bénéfices dans le régime légal, ou à la suite d'une dissolution anticipée du régime de communauté.

On a dit de ce régime qu'il consacre plus une absence de régime; cela ne peut être plus vrai pour le droit allemand qui ne lui consacre aucune disposition de fond.

CONCLUSION

232. — L'étude du droit allemand des régimes matrimoniaux que nous avons brièvement esquissée n'a pas pour but de préconiser l'adoption en France du même régime légal. L'unification du droit en cette matière n'est pas une nécessité et le régime légal allemand présente d'incontestables difficultés.

Cependant la réforme allemande est intéressante, surtout à titre d'exemple; les objectifs que s'est fixé le législateur d'Outre-Rhin : faire une réforme cohérente et simplifier le plus possible le droit

des régimes matrimoniaux, sont dignes d'être suivis. Il s'est tenu à ses buts qu'il a d'ailleurs largement atteints; l'expérience vaut que l'on y réfléchisse.

Mais la question que pose toute réforme du droit de la famille est de savoir dans quelle mesure les régimes nouveaux seront acceptés par la pratique. C'est là que pèsent les traditions nationales. Le poids des pratiques notariales est tel qu'il peut faire échec à l'application d'une réforme souhaitable et qui, dès lors, n'est plus bonne que pour le théoricien. La réforme des régimes matrimoniaux suppose une grande lucidité du législateur sur les exigences humaines et pratiques de la famille contemporaine, une vue plus large de la société qui ne tienne pas seulement compte des époux fortunés, mais sa mise en œuvre suppose également la collaboration de la pratique et des intéressés. En ce sens les difficultés éprouvées par les praticiens pour s'adapter à une réforme véritable jointes à la passivité et à l'ignorance des intéressés constituent des freins regrettables dont il faut cependant tenir compte.

CONCLUSION

233. — Le regard que nous avons porté sur le sens et les effets de l'idée d'égalité en matière de droit matrimonial nous semble mettre en relief un phénomène nouveau et important : le principe d'égalité n'a pas seulement modifié le contenu des règles de droit existantes, il conduit aussi à repenser le rôle du droit dans les rapports de famille. En effet les liens familiaux sous l'influence de multiples facteurs font l'objet de contestations judiciaires et les difficultés posées par la recherche de *solutions harmonieuses* manifestent sinon la faillite du droit en tant que tel du moins la nécessité de reconstruire le droit de la famille sur des idées et des concepts nouveaux.

Jusqu'au début de notre siècle, tous les conflits, toutes les oppositions ou différends qui pouvaient s'élever au sein d'une famille devaient, en principe, être résolus par la puissance maritale et paternelle. La famille restait un monde clos qui n'admettait aucune intervention du juge et dont les conflits devaient se résorber d'eux-mêmes. La femme et l'enfant qui ne se soumettaient pas à l'autorité du mari ou du père provoquaient peut-être un scandale dans la société mais n'en appelaient guère à un juge étatique. Le droit ne pénétrait pas dans la famille, sinon pour en réglementer les questions pécuniaires; le contrat de mariage était plutôt un acte entre deux familles qu'entre deux époux et ces deux familles aux intérêts parfois divergents pouvaient apparaître comme deux ennemies soumises à aucune autorité supérieure sinon à celle du juge ou de la loi. On ne pouvait que difficilement se passer du juriste pour élaborer un contrat de mariage ou pour résoudre un régime matrimonial, car ces opérations mettaient en présence deux lignées familiales et deux catégories d'intérêts. Cependant, même en matière patrimoniale, le droit et le juge n'avaient guère à intervenir pendant la vie du ménage; l'autorité maritale et paternelle apparaissait comme une garantie suffisante, et c'était au notaire qu'il appartenait le plus souvent d'arbitrer les conflits.

234. — Les bouleversements sociaux et le mouvement des idées ont brisé la famille traditionnelle. Perdant ses bases matérielles et

morales, la famille eut besoin de l'État pour s'adapter au monde nouveau créé par la société industrielle et urbaine. Sur le plan matériel, l'État dut, par diverses prestations, accorder aux familles l'aide indispensable à leur survivance. Sur le plan moral, il dut contrôler l'accomplissement par les époux de leurs obligations familiales. La puissance maritale ne suffisait plus à rendre compte des difficultés; elle ne constituait plus le ciment nécessaire à l'unité de la famille; elle ne résistait pas aux modifications sociales.

Le principe d'autorité interne échouant, les rapports de famille doivent-ils alors relever du droit et du juge? Celui-ci doit désormais intervenir pour contrôler l'exercice des droits des époux, pour les protéger l'un contre l'autre, ou en dernière limite, pour consacrer légalement la destruction de la famille. Les prérogatives maritales sont susceptibles de contrôle; on ne parle plus de droit mais de fonction qui s'exerce sous le contrôle éventuel du juge. Il serait d'ailleurs plus exact de parler des devoirs qui accompagnent les droits. Désormais l'autorité familiale a perdu son sens, elle ne doit plus appartenir à un seul, mais aux deux époux considérés comme des égaux. Si le législateur d'autrefois pouvait s'en remettre aux mœurs pour régler les questions de famille, parce qu'il déléguait son autorité au mari, il ne le peut plus dès lors qu'il considère les deux époux comme des personnes égales. Le rôle du droit dans les rapports de famille se trouve valorisé.

235. — Cependant, il ne faudrait pas exagérer ce phénomène de « juridicisation » des rapports de famille. L'égalité entre époux n'est pas seulement un problème juridique, comme pourrait le laisser croire l'analyse de l'expérience allemande. C'est surtout un problème psychologique et social. Il ne peut y avoir d'égalité des sexes que si psychologiquement l'homme et la femme se situent comme des êtres égaux et que leur égalité soit socialement reconnue. Si l'idée d'égalité ne s'incarne pas ainsi dans les esprits et dans les mœurs, sa mise en œuvre sur le plan juridique restera lettre morte. Le rôle du droit est donc limité par la matière même qu'il régit. Mais il n'est pas dénué d'importance, car tous ces facteurs se mêlent pour donner au droit son efficacité.

236. — Pourtant, si l'application de l'idée d'égalité des époux au droit de la famille tend à développer l'intervention du droit dans cette matière, le problème n'est pas résolu pour autant. Quel que soit le fondement des rapports entre époux, une famille unie échappe au droit et celui-ci n'offre que peu de moyens satisfaisants pour résoudre les problèmes d'une famille désunie. Bien que les tribunaux soient de plus en plus fréquemment saisis de questions familiales, l'intervention du « judiciaire » est toujours jugée néfaste et regrettable, surtout lorsqu'elle a pour objet, moins de contrôler que, de décider au lieu et place des époux, c'est-à-dire lorsque le juge prend la place du chef de famille. Le droit ne réussit pas à saisir les rapports familiaux,

et pourtant ceux-ci sont plus que jamais soumis aux décisions judiciaires. Pourquoi cette contradiction? Est-ce dû au caractère même des liens familiaux qui seraient irréductibles au droit? Est-ce dû au droit lui-même dont la rigidité serait trop grande pour s'adapter aux questions de famille? Est-ce dû à l'organisation judiciaire dont le fonctionnement est peu adéquat pour trancher de tels litiges? Ou bien n'est-ce pas dû au fait qu'il s'agit d'une question neuve, d'un phénomène nouveau qui a surpris les juges et les théoriciens?

Tous ces facteurs ont leur importance : nous avons vu que l'aspect personnel et psychologique du lien conjugal se coule difficilement dans une définition juridique. Il est vrai également que le droit tel que nous le concevons, dans son aspect normatif et judiciaire, n'est pas de nature à s'adapter aux rapports familiaux. Enfin, l'organisation judiciaire n'est pas toujours propre à apporter des solutions heureuses : la lenteur de la procédure, son caractère public et officiel, la nécessité de fournir des preuves dans un domaine où la réserve et la confiance sont de règle, tout cela est difficilement compatible avec la nature même de la vie familiale.

237. — Cependant, ce qui nous paraît déterminant et explique ce malaise, c'est plutôt le caractère tout à fait neuf du droit de la famille, que révèle la mise en œuvre de l'idée d'égalité. Jusqu'à ces dernières années, le droit de la famille s'en remettait aux mœurs, du moins en ce qui concerne les rapports personnels des époux. Et l'on s'explique que ni la loi ni la doctrine n'offrent une analyse ou une définition de la nature juridique des rapports entre époux.

Or, lorsqu'un problème se pose, qui ne peut être résolu par aucune des règles existantes du droit familial, le juge est bien désarmé, ne trouvant, ni dans la loi, ni dans la doctrine, de théorie générale propre à guider son interprétation. Ceci n'a pas empêché la jurisprudence d'élaborer des solutions et de donner de la communauté conjugale une image souvent ignorée du législateur. Mais le juge devait le plus souvent se référer aux catégories juridiques existantes du Droit civil.

Pourtant le droit civil s'adapte mal aux rapports familiaux; le Droit civil classique est individualiste, il sépare et distingue et il est construit pour s'appliquer à des personnes étrangères les unes aux autres; la famille, au contraire, est communautaire, elle unit des êtres destinés à vivre ensemble. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que les catégories juridiques du Droit civil ne puissent s'appliquer correctement aux rapports familiaux, sans se déformer ou sans fausser la nature des liens de famille : le mandat, le contrat de travail, la société entre époux sont des notions qui s'altèrent dans le droit de la famille, et qui ne peuvent y être intégralement appliquées.

L'idée plutôt que le principe de représentation est fréquemment appelée au secours pour faire produire effet aux actes accomplis par un époux au profit ou à l'encontre de l'autre. Mais si cette idée rend compte de certaines situations juridiques où l'un des époux agit au profit de l'autre ou l'engage seul envers les tiers, cette même idée

de représentation devient proprement inexacte lorsque les époux agissent ensemble dans leur intérêt commun ou dans l'intérêt de la famille. Il s'agit encore d'un principe issu du droit des obligations, d'un principe individualiste qui ne s'accorde pas à la nécessité pour les époux d'exercer en commun un même pouvoir ou de mettre en œuvre ensemble un même droit.

Les droits de propriété séparée des meubles, par exemple, contredisent aussi leur nécessaire affectation au ménage. Cette idée d'affectation, conforme à la nature communautaire de la famille, reste une notion vague et sans support technique. Elle est pourtant indispensable.

D'une façon plus générale, la notion de droit subjectif, qui est à la base du droit civil classique, reste ignoré des rapports de famille. Le droit de la famille est autonome par rapport au Droit civil, dans la mesure où celui-ci s'ordonne autour de la seule notion de droit subjectif. La puissance maritale et paternelle, considérée comme droit subjectif à défaut d'autre qualification connue, n'était pas viable sauf à devenir une tyrannie que les mœurs eussent condamnée. Si les époux conservent dans le mariage les droits et libertés attachés à toute personne humaine, si le mariage ne doit pas signifier pour la femme la perte de ses droits fondamentaux, les époux ne peuvent en faire usage d'une façon purement individuelle. Ce sont ne pas là des droits subjectifs au sens propre, car ils ne sont jamais absolus.

238. — Les catégories juridiques que nous offre le droit civil n'ont pas été élaborées pour régir les rapports de famille. Quant au droit de la famille lui-même, il ne contient aucune notion générale. Une fois admis que la hiérarchie dans le ménage n'est plus un postulat du droit et que le juge ne peut se reposer sur l'autorité d'un seul pour éviter de résoudre lui-même les problèmes, le juriste se trouve en face d'un vide conceptuel qu'il importe de combler. On ne trouve en effet aucune idée générale, aucune notion suffisamment technique, qui permettent de qualifier la nature juridique des rapports entre époux, et par suite, d'apporter une solution ou une ligne d'interprétation aux problèmes pour lesquels le législateur n'a pas donné de règle particulière.

Mais cette élaboration va très certainement nous conduire sinon à restreindre du moins à réviser le rôle et la place du droit dans les rapports entre époux.

L'étude du droit allemand et du droit français nous amène, en effet, à constater la vanité des efforts législatifs et leur impuissance à réglementer la vie conjugale. Celle-ci, en fait, n'a pas besoin des lois; de même le juge appelé à trancher des conflits d'ordre intérieur qui lui sont présentés dans les demandes en divorce ou en séparation de corps, s'inspire beaucoup plus de considérations d'équité faites de psychologie et de morale, qu'il ne fonde ses décisions sur la seule inobservation des obligations légales. On en veut pour preuve l'attitude de la jurisprudence relative à la notion d'injure grave, concept très

concret et proche des faits puisqu'elle ne vaut que dans la mesure où « elle rend intolérable le maintien de la vie conjugale » ce qui, à l'évidence, est affaire de cas particuliers et enfin puisqu'elle demeure à l'abri du contrôle de la Cour de cassation; les catégories juridiques rigides n'ont pas leur place dans la vie intime du foyer. Le juge lui-même peut se passer de l'arsenal des règles législatives qui, pour une grande part, sont condamnées à l'ineffectivité.

Cette constatation justifie un certain scepticisme sur la portée réelle de la réforme allemande introduite en 1953 et 1958. La volonté dont elle témoigne, de soumettre au droit de façon systématique, des rapports humains qui lui échappent, n'est-elle pas une erreur? Mais cette outrance même est intéressante car l'échec relatif de tout légalisme en cette matière doit demeurer un avertissement pour le législateur parfois trop ambitieux.

239. — De telles conclusions peuvent decevoir les juristes soucieux d'élaborer des règles juridiques pour toutes les relations humaines et d'étendre au delà de ses limites, le domaine « naturel » du droit; Mais n'est-ce pas rendre hommage à la nature humaine que de constater qu'elle peut se passer du droit; n'est-ce pas là, parfaite justice, parfaite sagesse? Le but suprême du droit n'est-il pas sa négation même?

Semblables visions demeurent cependant utopiques et c'est plutôt à une modification de nos conceptions qu'à la négation du droit qu'il nous faut tendre; celui-ci reste en effet nécessaire bien qu'il faille en réviser le domaine, la nature et le contenu.

Il est vrai que dans les rapports personnels des époux le droit se confond aisément avec la morale et l'équité; mais sa nécessité et son effectivité réapparaissent lorsque le couple, en tant que tel, ou l'un des époux, entre en rapport avec les tiers. L'existence de règles et de techniques juridiques n'est plus déplacée lorsqu'il s'agit d'organiser la dissolution du régime matrimonial, le pouvoir domestique ou même le nom du ménage, situations qui mettent en présence les époux et des tiers, parents, cocontractants, administrations ou autres. Or à calquer le droit familial sur le droit des obligations, on fait fausse route. Force est donc de recourir à des idées puisées dans une analyse des rapports familiaux ou dans une certaine vision de la famille en tant que groupe social autonome.

De ce point de vue la notion d'égalité des époux est déterminante et c'est d'elle que devront sortir les concepts nécessaires au droit de la famille et adaptés aux réalités sociales de notre époque. Ce principe n'est pas encore ouvertement admis en France ni dans tous les pays occidentaux; nous n'avons donc plus de principe directeur autour duquel il soit possible de construire un droit de la famille.

240. — La seule notion que le juge puisse actuellement utiliser est celle « d'intérêt de la famille »; mais c'est là une question de fait que de l'apprécier; c'est une idée qui permet de justifier humainement

une décision judiciaire, qui peut représenter un critère d'appréciation, mais qui n'est pas une notion juridique. Il importe cependant de qualifier juridiquement les rapports entre époux. Nous évoquions l'idée de solidarité qui permet en effet de rendre compte de bien des situations juridiques familiales et que nous préférons à celle d'association. Lorsque l'on dit que les époux sont des personnes solidaires, on exprime une idée qui, dans le droit de la famille, n'a pas encore de résonnance technique. C'est une idée, ce n'est pas un concept car on ne sait pas très bien quels droits et quelles obligations, ni quels effets, sont attachés à cette notion. Les époux sont solidaires, c'est une vérité humaine encore difficile à préciser juridiquement. C'est pourtant la conséquence de l'égalité entre époux. Cela signifie qu'ils ont des droits et des devoirs égaux, non pas concurrents mais communs et complémentaires, qu'ils doivent agir ensemble et d'un commun accord pour la défense de l'intérêt de la famille. Mais notre droit ignore l'exercice collectif d'un même droit. Des droits communautaires sont de l'essence du mariage mais non de notre technique juridique. Nous pensons cependant possible d'élaborer, sur la base du concept de solidarité, un droit de la famille, qui se distinguerait inévitablement du droit des obligations. La jurisprudence a, au hasard des espèces, déjà posé les jalons d'une telle construction : elle a affirmé la solidarité passive des époux chaque fois qu'une règle ne l'en empêchait pas. Il devrait s'agir aussi de solidarité active. Plutôt que de se demander si l'union conjugale doit ou non être une personne morale, il nous paraît plus utile de rechercher dans quelle mesure et dans quelles limites les époux sont solidaires l'un de l'autre. La solidarité nous paraît être de nature à rendre à la famille son unité en même temps que les limites qui lui sont imposées permettent aux époux de conserver une légitime autonomie.

Ces idées devraient s'exprimer désormais dans la technique juridique. Mais le droit matrimonial attend encore d'être construit.

Vu,

Le Président de la thèse :

R. DAVID.

Vu,

*Le Doyen de la Faculté de droit
et des Sciences Économiques
de Paris :*

G. VEDEL.

Vu et permis d'imprimer,

Le Recteur de l'Académie de Paris :

J. ROCHE.

BIBLIOGRAPHIE

I. — OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS, MANUELS ET COURS

1^o Ouvrages français

- ARMINJON (P.), NOLDE (B. B.) et WOLF (M.) : *Traité de droit comparé*, 1950, 3 vol.
BAUDRY-LACANTINERIE : *Traité théorique et pratique de droit civil français*, supplément par Julien Bonnet, t. I à IV.
CARBONNIER (J.) : *Droit civil*, coll. Thémis, t. I, 1957.
DAVID (R.) : *Cours de droit civil comparé*, licence IV, 1961-62, Paris.
DAVID (R.) et HAZARD (J.) : *Le droit soviétique*, 1954, 2 vol.
DURAND (P.) : *Traité de droit du travail*, 1956, 2 vol.
FRÉJAVILLE (M.) : *Les limites de la liberté contractuelles dans les rapports entre époux et futurs époux*, Cours de droit civil approfondi, Paris, 1952-1953.
LE BALLE (R.) : *Cours de droit civil*, licence IV, Paris, 1961-62. *Problèmes d'actualité en matière de régimes matrimoniaux*, Cours de droit civil approfondi, Paris, 1955-56.
MARTY (G.) et RAYNAUD (P.) : *Droit civil*, t. I, 1961.
MAZEAUD (H. L. et J.) : *Leçons de droit civil*, t. I, 1959, t. IV, 1963.
PLANIOL (M.) et RIPERT (G.) : *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd., t. II, *La famille* par A. Rouast, t. VIII, *Les régimes matrimoniaux* par J. Boulanger.
RIPERT (G.) et BOULANGER (J.) : *Traité de droit civil* d'après le traité de Planiol, t. I, 1956 avec mise à jour au 1^{er} octobre 1960, t. IV, 1959.
RIVERO (J.) et SAVATIER (J.) : *Droit du travail*, coll. Thémis.

2^o Ouvrages allemands

- ARNOLD (E.) : *Angewandte Gleichberechtigung im Familienrecht*, Kommentar, 1954.
BAUMBACH (A.), LAUTERBACH (W.) : *Zivilprozessordnung*, Kurz-Kommentar, 26^e éd. 1961.
BEITZKE (G.) : *Familienrecht*, Ein kurz Lehrbuch, 8^e éd. 1959.
BOEHMER (G.) : *Einführung in das bürgerliche Recht*, 1954, Supplément Die Teilreform des Familienrechts, 1961.
Das bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, t. IV, 10 et 11, éd. 1960-1962.
ENNECCERUS (L.), KIPP (T.), WOLF (M.) : *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t. IV, 7. éd.

- ERMANN (W.) : *Gleichberechtigungsgesetz*, Nebenband zum BGB-Kommentar, 1958.
- GIERKE (O. Von) : *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, 1887.
- HUECK (A.), NIPPERDEY (H. C.) : *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, 6^e éd. 1959, 2 vol.
- JANSEN (F.) : *Leitfaden des Familienrechts der deutschen demokratischen Republik*, 1958.
- KRÜGER (H.), BREETZKE (E.), NOWACK (K.) : *Kommentar zum Gleichberechtigungsgesetz*, 1959.
- LEHMANN (H.) : *Deutsches Familienrecht*, 3^e éd. 1960.
- MAUNZ (T.), DÜRIG (G.) : *Grundgesetz*, Kommentar, 1963.
- MITTEIS (H.) : *Deutsches Privatrecht*, 3^e éd. 1959.
- PALANDT-LAUTERBACH : *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, 16^e éd. 1957, 17^e éd. 1959.
- NIKISCH (A.) : *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, 2^e éd. 1951.
- SOERTEL-SIEBERT : *Kommentar zum BGB*, 9^e éd. 1959.
- STAUDINGER : *Kommentar zum BGB*, 11^e éd. 1950 à 1962.

II. — OUVRAGES SPÉCIAUX

1^o Ouvrages français et en français

- ALLMEN (J. J. von) : *Maris et femmes selon Saint-Paul*, Cahiers théologiques, n^o 29, 1961.
- ANCEL (M.) : *Traité de la capacité de la femme mariée*, 1938. *Les droits et les devoirs des époux selon la loi du 22 septembre 1942*, 1943.
- Avant-projet de Code civil* : Livre préliminaire, Livre premier, Des personnes physiques et de la famille, 1955.
- BONNECASE (J.) : *Mariages et régimes matrimoniaux, leur réforme récente*, Commentaire de la loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée, 1938.
- BEAUVOIR (S. de) : *Le deuxième sexe*, 1949, 2 vol.
- La condition de la femme dans la société contemporaine*, Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, 1938.
- CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE, *Le statut de la femme mariée*, 52^e Congrès, Biarritz, 1953. *La femme mariée dans l'économie moderne*, 56^e Congrès, Vichy 1958.
- DABIN (J.) : *Le droit subjectif*, 1952.
- DOUCY (L.) : *Introduction à une connaissance de la famille*, 1946.
- Le droit international privé de la famille en France et en Allemagne* 1954.
- DUBRU (M.) : *L'égalité civile des époux dans le mariage*, commentaire de la loi du 30 avril 1958 relative aux droits et devoirs respectifs des époux, Bruxelles, 1959.
- ESMEIN (A.) : *Le mariage en droit canonique*, 1891, 2 vol.
- Essais sur les droits de l'homme en Europe*, Institut universitaire d'études européennes, Turin, 1961, t. III.
- Famille d'aujourd'hui*, 44^e semaine sociale de France, Bordeaux, 1957.
- La femme au travail* : Revue Esprit, mai 1961.
- GÉNY (F.) : *Science et technique en droit privé positif*, 1914.
- KIRSCHBAUM (C. von) : *Découverte de la femme, les bases bibliques et théologiques d'une éthique réformée de la femme*, Genève, 1951.
- LACROIX (J.) : *Force et faiblesse de la famille*, 1948.
- LALOU (H.) : *Les droits de la femme mariée sur les produits de son travail et les produits du travail de son mari depuis la loi du 13 juillet 1907*, 1909.
- LAURIBAR (M^{me} de) : *Le code de l'éternelle mineure*, 1922.
- LEPOINTE (G.) : *La famille dans l'ancien droit*, 7^e éd.
- Les moyens d'assurer la stabilité de la famille*, Congrès de l'Association internationale des sciences juridiques, Chicago 1957, Annales de la Faculté de droit d'Istanbul, 1960, t. IX, n^o 13.

- PIERRE (A.) : *Les femmes en Union Soviétique, leur rôle dans la vie nationale*, Bibliothèque de la recherche sociale, 1960.
- POTHIER : *Traité de la communauté auquel on a joint un traité de la puissance du mari sur la personne et les biens de la femme*, 1806, 2 vol.
- RENARD (C.) : *Le régime matrimonial de droit commun, projets belges de réforme et droit comparé*, Centre interuniversitaire de droit comparé, Bruxelles, 1960.
- Renouveau des idées sur la famille*, Institut national d'études démographiques, Cahier n° 18, 1954.
- ROUAST (A.) : *Le régime matrimonial dans les législations contemporaines*, Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, 1957.
- ROUBIER (P.) : *Droits subjectifs et situations juridiques*, 1963.
- SAVATIER (R.) : *Le droit, l'amour, et la liberté*, Paris, 1963.
- SERTILANGES (A. D.) : *Féminisme et Christianisme*, 1908.
- La situation juridique de la femme mariée*, Revue de droit contemporain, Bruxelles, juin 1960.
- Sociologie comparée de la famille contemporaine*, Colloques internationaux du Centre national de la recherche scientifique, Paris, 1955.
- TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT pour la culture juridique française,
T. II, 1946, *Le contrôle de la puissance paternelle*.
T. VII, 1952, *L'évolution de la condition respective du mari et de la femme dans le mariage*.
T. XI, 1957, *Les situations de fait*.
- TRAVAUX DE LA COMMISSION DE RÉFORME DU CODE CIVIL, 1947-48, 1948-49, 1949-50, 1950-51, 1951-52.
- VILLEY (M.) : *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 1962.

2° Ouvrages allemands et en allemand

- BEBEL (A.) : *Die Frau und der Sozialismus*, 1913.
- BEITZKE (G.) : *Die Gleichberechtigung der Geschlechter und das Grundgesetz*, 1950.
- BERENT (M.) : *Die Zugewinnngemeinschaft*, 1915.
- BERGMANN (A.) : *Internationales Ehe-und-Kindschaftsrecht*, 4 vol. (Recueil de textes annotés mis à jour en 1962).
- BOEHMER (G.) : *Die Vermögensverfassung des deutschen Hauses*, 1943.
- BOSCHAN (S.) : *Europäisches Familienrecht*, 1954.
- CONRAD (H.) : *Grundproblem einer Reform des Familienrechts*, t. 12 der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, 1954.
38. DEUTSCHEN JURISTENTAG, Verhandlungen und Berichte der bürgerlich-rechtlichen Abteilung, 1951.
- DOMBOIS (H.) : *Familienrechtsreform*, 1955.
- FAMILIENGESETZE sozialistischer Länder, 1959.
- HABSCHEID (W. J.) : *Die Grundrechte als Realität in unserem Rechtsleben*, 1953.
- HABSCHEID (W. J.), MEYER (G.) : *Neues Familienrecht*, 1957, 2 vol.
- HAGEMEYER (M.) : *Denkschrift über die zur Anpassung des geltenden Familienrechts an den Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau erforderlichen gesetzlichen Änderungen*, 1951.
- HEDEMANN (J. W.) : *Die Rechtsstellung der Ehefrau*, Vergangenheit und Zukunft, 1952.
- JAHRBUCH des öffentlichen Rechts der Gegenwart, 1951.
- HOFMANN (A. C.), KERSTEN (D.) : *Frauen zwischen Familie und Fabrik*, 1958.
- KNUR (A.) : *Probleme der Zugewinnngemeinschaft*, 1959.
- MANGOLDT-KLEIN : *Das Bonner Grundgesetz*, 1957.
- MASSFELLER (F.), REINICKE (D.) : *Das Gleichberechtigungsgesetz*, 1958.

- MÜLLER-FREIENFELS (W.) : *Ehe und Recht*, 1962.
 SCHELSKY (H.) : *Wandlungen der deutschen Familien in der Gegenwart*, 1954.
 SCHNITZER (A. F.) : *Vergleichender Rechtslehre*, 1960, 2 vol.
 STUDIEN ÜBER DIE AUTORITÄT und Familie, 1936.
 WEBER (M.) : *Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung*, 1907.
 WOLF (E.), LÜKE (G.), HAX (H.) : *Scheidung und Scheidungsrecht*, 1959.
 WURZBACHER (G.) : *Leitbilder gegenwärtigen deutschen Familienlebens*, 1954.
 ZIEGLER (A.) : *Das natürliche Entscheidungsrecht des Mannes in Ehe und Familie*, 1958.

III. — THÈSES

1^o Thèses françaises

- BOUTARD (J.) : *Les pouvoirs ménagers de la femme mariée*, Caen, 1947.
 JULIEN (P.) : *Les contrats entre époux*, Aix-en-Provence, 1961.
 KALLAI (T.) : *La notion de chef de famille*, Paris, 1950.
 LYON-CAEN (L.) : *La femme mariée allemande, ses droits, ses intérêts pécuniaires*, Paris, 1903.
 NILLUS (U.) : *Capacité et pouvoirs de la femme mariée en Allemagne et en France*, Paris, 1937.
 QUIERS (C.) : *Les accords de séparation entre époux, droit anglais et droit italien*, Paris, 1957.
 SAUJOT (C.) : *La pénétration des idées séparatistes dans les régimes communautaires*, Paris, 1956.
 TIRET (G.) : *Les relations de travail à l'intérieur de la famille*, Paris, 1941.
 VIALLETON (H.) : *L'autorité maritale sur la personne de la femme, étude de jurisprudence*, Montpellier, 1919.
 VUICHOD (R.) : *L'application de la loi du 18 février 1938*, Paris, 1941.

2^o Thèses allemandes

- KATZ (G.) : *Den Einfluss der Ehe auf den Namen der Ehefrau*, Freiburg/Brigau, 1929.
 KERST (H.) : *Entscheidungsrecht des Ehemannes und Vaters trotz Gleichberechtigung der Geschlechter*, Frankfurt/Main, 1959.
 KREMER (B.) : *Besitz und Besitzberechtigung der Ehegatten an Hausrat und Wohnung*, Bonn, 1956.
 NIETHAMMER (F.) : *Entscheidungsbefugnis und Arbeit der Ehefrau*, Marburg, 1958.
 SIGNER (P.) : *Die ehemännliche Autorität im heutigen Ehe recht*, Zurich, 1938.
 WIERS (H.) : *Das selbständige Erwerbstätigkeit der Ehefrau*, Leipzig, 1931.

IV. — ARTICLES ET NOTES EN JURISPRUDENCE

1^o Articles français ou en français

- AMIOD DE DARBEL (S. B.) : *La communauté de bénéfices, nouveau régime matrimonial allemand*, Revue de droit suisse, 1960, cah. 7, p. 293.
 AULAGNON (L.) : *Le juge et l'exercice des droits des époux*, Études Ripert, Le droit privé français au milieu du XX^e siècle, t. I, p. 390.
 BARBIER (P.) : *La religion de l'enfant et l'exercice de la puissance paternelle*, G.P. 1957.II. Doct. p. 52.

- BREDIN (J. D.) : *La religion de l'enfant*, D. 1960. Chron. XIII p. 73.
- CARBONNIER (J.) : *Terre et ciel dans le droit français du mariage*, Études Ripert, Le droit privé français au milieu du XX^e siècle, t. I, p. 325.
- CHESNÉ (G.) : *Le divorce par consentement mutuel*, D. 1963, Chron. p. 95.
Note sous Trib. civ. Briançon, 6 janvier 1948, D. 1948.479.
- CHOMBART DE LAUWE (P. H. et M. J.) : *Images de la femme dans la société urbaine*, Revue intern. des sciences sociales, UNESCO, vol. XIV, 1962, n° 1.
L'évolution des besoins et la conception dynamique de la famille, Revue française de sociologie, 1961, p. 405.
- CHOTEAU (A.) : *Nature et sanction de l'opposition du mari à l'exercice d'une profession par la femme*, D. 1945, Chron. p. 41.
La réforme des régimes matrimoniaux, Études Ripert, Le droit privé français au milieu du XX^e siècle, t. I, p. 456.
- CORNU (G.) : *Le contrat entre époux*, Rev. trim. dr. civ. 1953, p. 475.
- DEBBASCH (C.) : *La femme et la fonction publique*, D. 1961, Chron. p. 139.
- DESBOIS (H.) : *Observations sur Toulouse*, 30 janvier 1961, Rev. trim. dr. civ. 1962, p. 77, Civ. 2^e sect. civ. 25 novembre 1963, rev. trim. dr. civ. 1963, p. 310.
- ECK (M.) : *Autorité et liberté entre époux*, Rev. Études 1957, n° 2, p. 186.
- ESMEIN (A.) : *Note sous Rouen*, 16 juillet 1936, S. 1936.2.179.
- FALCONETTI (H.) : *Une construction jurisprudentielle : le juge de l'assistance éducative*, D. 1963, Chron. p. 47.
- FOUGEYROLLAS (P.) : *Prédominance du mari ou de la femme dans le ménage*, Rev. Population 1951, p. 83.
- FREYRIA (C.) : *La notion de relation de travail entre époux*, Droit social 1952, pp. 378 et 465.
- HÉMAR (J.) : *Le statut de la femme en Europe occidentale au XX^e siècle*, Recueil de la Société Jean Bodin, t. XII, p. 515.
Les contrats à titre onéreux entre époux, Rev. trim. dr. civ. 1938, p. 671.
- LACARDE (G.) : *Note sous Rouen*, 16 juillet 1963, D.H. 1936.580.
Observations sur Trib. civ. Seine, 18 juin 1945, Rev. trim. dr. civ. 1945, p. 184, Trib. correct. Grasse, 18 octobre 1944, Rev. trim. dr. civ. 1955, p. 28.
- LALOU (H.) : *Des contrats entre époux*, Études Capitant, p. 417.
- LAROQUE (P.) : *Réflexions sur le problème familial*, Les cahiers de l'éducation permanente, 1956, p. 29.
- LE BALLE (R.) : *La notion de puissance familiale dans la conception juridique française*, Mélanges Sugiyama, 1940, p. 171.
- LIÉNARD-LIGNY (M.) : *L'émancipation de la femme mariée hollandaise dans le cadre du régime légal de communauté universelle*, Annales de la Faculté de droit de Liège, 1958, p. 119.
- MALAURIE (P.) : *Le divorce des mariages mixtes en cas de séparation de fait*, D. 1963, Chron., p. 53.
Mariage et régimes matrimoniaux, Revue Esprit, avril 1961, p. 693.
- MARTY (G.) : *Le conseil au mariage en France*, Annales de la Faculté de droit d'Istanbul 1960, t. IX, p. 193.
- MAZEAUD (H.) : *Une famille sans chef*, D. 1951, Chron. p. 141.
Un régime de communauté réduite à zéro, JCP 1963.I.1778.
De la liquidation des sociétés entre époux, Rev. crit. leg. et juris., 1928 p. 291.
Le divorce par consentement forcé D. 1963 Chron. p. 95.
- MICHEL (A.) : *Les aspects sociologiques de la notion de famille dans la législation française*, L'année sociologique, troisième série 1960, p. 79.
- MORANGE (G.) : *La femme dans la fonction publique*, D. 1955, Chron. p. 125.
- NAQUET (E.) : *Note sous Civ. 3 juillet 1917*, S. 1921.1.201.
- NAST (M.) : *Notes sous Civ. 31 octobre 1934*, D.P. 1935.I.73, Trib. civ. Seine, 11 juillet 1922, D. 1924.II.105.

- PERREAU (E. H.) : *Du droit de chaque conjoint sur son nom patronymique et celui de son conjoint*, Rev. trim. dr. civ., 1903, p. 515.
- PIATOWSKI (J. St.) : *Quelques remarques sur la transformation du régime matrimonial dans le droit de la famille polonaise* Rev. intern. dr. comp. 1958, p. 65.
L'égalité des droits des époux et le régime de communauté en droit polonais, Rev. intern. dr. comp. 1960, p. 500.
- RAYNAUD (P.) : *Note sous Paris*, 11 décembre 1943, S. 1945.II.57.
- RENARD (C.) : *La réforme du statut de la femme mariée en Belgique*, Rev. intern. dr. comp. 1958, p. 56.
- RIPERT (G.) : *Note sous Paris*, 7 décembre 1954, D. 1955.353.
- ROLAND (H.) : *Note sous Toulouse*, 30 janvier 1961, D. 1961.324.
- ROUAST (A.) : *Entraide familiale et sécurité sociale*, D. 1959, Chron. p. 9.
Le droit du travail familial, Droit social, 1962, p. 154.
Notes sous Civ. 27 novembre 1935, D. 1936.I.25, Paris, 21 février 1964, J.C.P. 1964.II.13269.
- SAVATIER (R.) : *Les conventions de séparation amiables entre époux*, Rev. trim. dr. civ. 1931, p. 535.
L'action des créanciers pour dette de ménage entre époux séparés de biens, D. 1935, Chron. p. 25.
Les clauses de présomption de propriété dans le régime de la séparation de biens, Rep. gen. notariat 1934 n° 24 006, p. 741.
Sociologie et droit de la famille, Annales de la Faculté de droit de Toulouse, t. VII, 1959, p. 89.
- SALEILLES (R.) : *Le droit au nom individuel dans le Code civil allemand*, R.C. 1900, p. 94.
- SEBAG (L.) : *La méthode quantitative en droit civil et la réforme des régimes matrimoniaux*, D. 1963, Chron. p. 203.
- SINAY (H.) : *Une réforme des régimes matrimoniaux par la suppression du droit de jouissance de la communauté sur les biens propres de la femme*, J.C.P. 1950, Doct. 878.
- SOLUS (H.) : *Mari et femme selon la loi de 1942*, Rev. trim. dr. civ. 1943, p. 81.
Note sous Paris, 7 décembre 1954, JCP 1955.II.8526.
- THÉRY (R.) : *Trois conceptions de la famille dans notre droit*, D. 1953 Chron. p. 47.
- VASSEUR (M.) : *Le problème des sociétés entre époux après l'arrêt de la Cour de Paris du 7 décembre 1954*, Rev. trim. dr. civ. 1955, p. 407.
La communauté légale et la communauté conventionnelle d'après l'avant-projet de Code civil, Rev. trim. dr. civ. 1955, p. 407.
- VIALLETON (P.) : *Famille, patrimoine et vocation héréditaire*, Mélanges Maury, t. II, p. 577.
- VOIRIN (P.) : *Commentaire de la loi du 22 septembre 1942*, D.C. 1943.L.50.
Notes sous Dijon, 7 février 1928, D.P. 1928.2.169, Comm. parit. Canton de Limay, 2 juillet 1946, D. 1947.14, Nancy, 24 juillet 1952, J.C.P. 1952.II:7195, Paris, 10 juin 1958, D. 1958:735.
- ZAJTAI (I.) : *Quelques projets de réforme du régime matrimonial légal en France, Belgique et Allemagne*, Rev. intern. dr. comp. 1955, p. 772.

2° Articles allemands

- ALEBRAND (H.) : *Die Bildung von Gesamtgut der Ehegatten gemäss, § 1353 BGB abs.1*, FamRZ 1955, p. 348.
- ARNOLD (E.) : *Gesetzliche Neuregelung im Bereich der elterliche Gewalt*, FamRZ 1959, p. 425.
Probleme des Unterhaltsrechts, FamRZ 1960, p. 222.
- BACHOF (G.) : *Verfassungswidrige Verfassungsnormen*, Recht und Staat, Nr 163-164, p. 11 et NJW 1952, p. 242.

- BECKER (H.) : *Das Elternrecht im Spiegel der Verfassungs-und Verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung*, FamRZ 1961, p. 104.
- BEITZKE (G.) : *Gleichberechtigung und Familienrecht*, JZ 1952, p. 744.
La loi allemande sur l'égalité de l'homme et de la femme, Rev. inter. dr. comp. 1958, p. 39.
Die Neugestaltung der elterlichen Unterhaltspflichten, Festschrift für J. W. Hedemann, 1958, p. 39.
Betrachtungen zum neuen Kindschaftsrecht, FamRZ 1958, p. 7.
Zur Neuordnung des ehelichen Güterrechts, FamRZ 1954, p. 156.
- BERGMANN (W.) : *Gleichheitsatz und bauerliche Vererbung*, FamRZ 1959, p. 87.
- BERNSTORFF : *Der Familienname als Gegenstand des Gleichberechtigungsgrundsatzes*, FamRZ 1963.110.
- BOEHMER (G.) : *Die Gleichberchtigung der Frau im Eherecht*, MCR 1950, p. 451.
Einigekritische Gedanken zum Gleichberechtigungsgesetze, Festschrift für J. W. Hedemann, 1958, T.I., p. 33.
Bemerkungen zur Entscheidung des OLG Freiburg, v. 18 mai 1949, DRZ 1949, p. 88.
Einige Fragen zu der sogenannten Vinkulierung des Hausrat in § 1369 BGB, FamRZ 1959, p. 1.
Zur Auslegung des § 1371, abs 1-3 BVB, NJW 1958, p. 524.
- BOESEBECK (H.) : *Gefährdung von Gesellschaftsverträgen durch die Zugewinnngemeinschaft*, BB 1958, p. 1 147.
- BOSCH (F. W.) : *Bemerkungen zum Gleichberechtigungsgesetz*, FamRZ 1957, p. 189.
Grundsatzfragen des Gleichberechtigungsgesetz vor dem Bundesverfassungsgericht, FamRZ 1958, p. 265.
Freiheit und Bindung im neuen Familienrecht, FamRZ 1958, p. 81.
Entwicklungslinien des deutschen Familienrechts seit 1945, Juristen-Jahrbuch 1961-62 t. II, p. 42.
Zur Neuordnung des ehelichen Güterrechts, FamRZ 1954, p. 148.
Das neue Ehevermögensrecht, FamRZ 1958, p. 289.
- BILINSKY (A.) : *Das sowjetische Eherecht*, FamRZ 1960, p. 1.
- BRÜHL (L.) : *Der Familienunterhalt nach dem Gleichberechtigungsgesetz*, FamRZ 1957, p. 277.
- CANTER (K.) : *Gleichberechtigung und Richterrecht*, NJW 1953, p. 850.
- CONRAD (H.) : *Die Rechtsstellung der Ehefrau in der privatrechtsgesetzgebung der Aufklärungszeit*, Festschrift für Kallen, 1957, p. 253.
- DÖLLE (H.) : *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Familienrecht*, JZ 1953, p. 353.
Vergleichende Bemerkungen zum Problem des künftigen gesetzlichen Güterstandes in Deutschland, RabelsZ 1953, p. 808.
Bemerkungen zum gesetzlichen Güterstand, FamRZ 1954, p. 205.
L'égalité de l'homme et de la femme dans le droit de la famille, Rev. intern. dr. comp. 1950, p. 263.
Der Beitrag der Rechtsvergleichung zum deutschen Recht, Hundert Jahre deutsches Rechtslebens, 1960, t. II, p. 19.
- EISELT (G.) : *Die Bedeutung des § 1365 für Gesellschaftsverträge*, JZ 1960, p. 562.
- EISSER (G.) : *Die Anerkennung der Persönlichkeit der Ehefrau im neuen Eherecht*, FamRZ 1959, p. 178.
Zur Anwendung der §§ 843-845 BGB bei Verletzung oder Tötung der nichtberufstätigen Ehefrau, FamRZ 1961, p. 49.
- ESSER (J.) : *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, JZ 1956, p. 72.
Interpretation und Rechtsneubildung im Familienrecht, JZ 1953, p. 521.
- FERID (M.) : *Zwei Gesichtspunkte zur erbrechtlichen Lösung des Zugewinnsausgleiches bei Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten*, FamRZ 1957, p. 70.
- FICKER (H.) : *L'état du droit comparé en Allemagne*, Rev. intern. dr. comp. 1958, p. 701.

- FINKE (O.) : *Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern unter dem Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau*, NJW 1953, p. 606.
- GALPERIN (H.) : *Rechtsprechung zum Arbeitsrecht*, JZ 1957, p. 457.
- GERNHUBER (J.) : *Das eheliche Vermögensrecht und die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft*, FamRZ 1958, p. 243.
Die Mitarbeit der Ehegatten im Zeichen der Gleichberechtigung, FamRZ 1958, p. 243.
Elterliche Gewalt heute, FamRZ 1962, p. 89.
- GLASSING (H.) : *Kann der Vormundschaftsrichter die Erstbestimmung der Religion des Kindes vornehmen?* FamRZ 1962.350.
- GOPPINGER (H.) : *Eingriffe des Vormundschaftsgericht in das Elternrecht*, FamRZ 1959, p. 397.
Automatischer Alleinvertretung des Kindes durch einen Elternteil bei Trennung der Eltern insbesondere zur Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen, FamRZ 1960, p. 11.
- GREVEN (L.) : *Die Frau und das eheliche Güterrecht*, FamRZ 1954, p. 93.
- HAACK (V.) : *Quelques aspects du contrôle de la constitutionnalité des lois exercé par la Cour constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne*. Rev. intern. dr. comp. 1961, p. 78.
- HAGEMEYER (M.) : *Das Familienrecht seit dem 1. April 1953*, NJW 1953, p. 601.
- HAMEL (W.) : *Von den Grenzen profaner Gesetzgebung in Ehesachen*, AcP 1954, p. 488.
- HEDEMANN (J.) : *Was wird mit der Gleichberechtigung?* JR 1953, p. 197.
- HEUSSNER (H.) : *Über die Auswirkungen des Gleichberechtigungsurteil des Bundesverfassungsgericht*, v. 29 Juli 1959, FamRZ 1960, p. 6.
- KEITEL (T.) : *Artikel 3 abs. 2 GG und der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, FamRZ 1959, p. 403.
- KRÜGER (G.) : *Die Vertretung des ehelichen Kindes im Unterhaltsstreit*, FamRZ 1959, p. 403.
- KRÜGER (H.) : *Die Nichtverwirklichung der Gleichberechtigung im Regierungsentwurf*, JZ 1962, p. 613.
Der Name der Ehefrau nach bürgerlichem Recht, AcP 1957, p. 232.
- KUBLER (F.) : *Der deutsche Richter und das demokratische Gesetz*, AcP 1963, p. 104.
- LANGE (H.) : *Das Verhältnis von civil- und Strafrecht im und 170 StGB*, FamRZ 1960, p. 385.
- LEHMANN (K.) : *Die Mitarbeit der Ehefrau im Unternehmen des Ehemannes*, Die Steuerberatung 1958, p. 105.
- LORENZ (W.) : *Die Verfügungsbeschränkungen im Rahmen der Zugewinnngemeinschaft*, JZ 1959, p. 105.
- MATTERN (F.) : *Zum Stichentscheid*, FamRZ 1959, p. 405.
- MERZBACHER (F.) : *Die Zugewinnngemeinschaft*, AcP 1957, p. 1.
- MIKAT (P.) : *Zur Problematik des natürlichen Entscheidungsrechts des Mannes*, FamRZ 1960, p. 301.
- MITTEIS (H.) : *Die Ehe in der Rechtsprechung des Reichsgerichts*, Festgabe für das Reichsgericht, 1928, t. III, p. 180.
- MÜLLER-FREIENFELS (W.) : *Kernfragen des Gleichberechtigungsgesetzes*, JZ 1957, p. 685.
Zur heutigen Schlüsselgewalt, Festschrift für H. Lehmann 1956, t. I, p. 388.
- NEUHAUS (P. H.) : *Theologie und Familienrechtsreform*, JZ 1953, p. 187.
Zur zivilrechtlichen Gleichstellung der Ehefrau ausserhalb des BGB, JZ 1952, p. 523.
- NEUMAYER (K. H.) : *Die Kombination von Vermögensstrennung und Vermögensteilhabe im ehelichen Güterrecht*, RabelsZ 1953, p. 376.
- PAULICK (H.) : *Das Eltern-Kind-Verhältnis gemäss den Bestimmungen des Gleichberechtigungsgesetzes*, FamRZ 1958, p. 1.
- PETERSEIM (A.) : *Schlüsselgewalt und Gleichberechtigung*, FamRZ 1956, p. 169.

- Problem der gesetzlichen des ehelichen Kinde insbesondere im Falle des § 1629 BGB* JZ 1960, p. 82.
- RAMM (T.) : *Gleichberechtigung und Ehe-und-Familienname*, FamRZ 1962, p. 281.
Familienname und Grundgesetz, FamRZ 1963, p. 337.
- REDMANN (G.) : *Ueber die rechtliche Relevanz des Geschlechtsunterschiedes*, FamRZ 1961, p. 409.
- REINICKE (C.) : *Das künftige eheliche Guterrecht*, JR 1957, p. 161.
Eheliches Guterrecht und Gleichberechtigung, NJW 1953, p. 683.
- RITTNER (F.) : *Handelsrecht und Zugewinnngemeinschaft*, FamRZ 1961, p. 1 et 185.
- RUFNER (W.) : *Zum Elternbegriff des Grundgesetzes*, FamRZ 1963, p. 153.
- SCHELD (R.) : *Richterliche Gleichberechtigung?* JZ 1953, p. 450.
- SCHWARZHAUPT (E.) : *Die Wirkungen der Ehe im allegemein*, FamRZ 1957, p. 33.
Anderungen im Verwandtschaftsrecht, FamRZ 1957, p. 65.
- SCHWOERER (J.) : *Der Einfluss von Störungen in der elterlichen Gewalt des einen Eltern- teils auf die elterliche Gewalt des anderen Elternteils*, FamRZ 1958, pp. 41 et 88.
- STRAUSS (W.) : *Der Entwurf des Familienrechtsgesetzes*, JZ 1952, p. 449.
- THIELE (W.) : *Miteigentumserwerb der Ehegatten an dem während der Ehe engeschaften Hausrat*, FamRZ 1958, p. 115.
Die grobe Unbilligkeit des Zugewinnausgleiches (§ 1381 GBG), JZ 1960, p. 394.
- THIERFELDER (H.) : *Echter und Uechter Zugewinn*, FamRZ 1963, p. 328.
- TIEDAU (G.) : *Gesellschaftsvertrag und neues Güterrecht*, MDR 1959, p. 253.
Vereinigung weiblicher Juristen und Volkswirte, Juristinnen zur Familienrechts reform, JZ 1952, p. 504.
- WAHL (E.) : *Die Erhöhung des Ehegatten-Erbrechts um ein Viertel als Zugewinnausgleich* Festsehrift für H. Lehmann, 1956, p. 419.
Zur Verfassungsmässigkeit des Stichentscheid des Vaters, FamRZ 1959, p. 305.
- WAGENBAUR (R.) : *Zur Frage der vermögensrechtlichen Ansprüche der mitarbeitenden Ehefrau*, FamRZ 1958, p. 398.
- ZAJTAY (I.) : *Gütertrennung mit Ausgleich des Zugewinns und regime de participation aux acquêts*, RabelsZ 1954, p. 643.
- ZWIEGERT (K.) : *Gleichberechtigung-judge made?* JZ 1953, h. 248.

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE	I
ABRÉVIATIONS	1
INTRODUCTION	3
I. — La tendance générale à réaliser l'égalité de l'homme et de la femme	3
II. — L'égalité est une conséquence des transformations de la société	4
III. — L'égalité est une exigence du monde moderne	5
IV. — L'égalité est une idée politique	5
V. — La spécificité du droit familial	7
VI. — Les intérêts d'une étude comparative	9
VII. — Annonce du plan.	10

PREMIÈRE PARTIE

LE PRINCIPE D'ÉGALITÉ DES ÉPOUX 11

<i>Titre I. — LA TENDANCE ACTUELLE A RÉALISER L'ÉGALITÉ ENTRE ÉPOUX</i> (n ^{os} 2-16)	13
--	----

<i>Chapitre I. — ÉVOLUTION COMPARÉE DE L'AUTORITÉ MARITALE ET DE LA SITUATION DE LA FEMME AU SEIN DU MÉNAGE</i> (n ^{os} 3-8)	15
<i>Section I. — Évolution du droit français</i> (n ^{os} 3-6)	15
<i>Section II. — Évolution du droit allemand</i> (n ^{os} 6-8)	19

<i>Chapitre II. — LA LOI FONDAMENTALE ALLEMANDE</i> (n ^{os} 9-16)	23
<i>Section I. — L'égalité : droit fondamental</i> (n ^{os} 9-11)	23
<i>Section II. — L'application jurisprudentielle du principe d'égalité</i> (n ^o 12-15)	25
<i>Section III. — L'intérêt suscité par la mise en œuvre de l'égalité des époux</i> (n ^o 16)	30

<i>Titre II. — LA NOTION D'ÉGALITÉ ENTRE ÉPOUX</i> (n ^{os} 17-37)	33
--	----

<i>Chapitre I. — QU'EST-CE QUE L'ÉGALITÉ</i> (n ^{os} 18-24)	35
<i>Section I. — Le fondement humain et les sources sociologiques de l'idée d'égalité</i> (n ^{os} 18-20)	35
<i>Section II. — Les conséquences juridiques</i> (n ^{os} 21-23)	38

§ 1. Égalité et identité	39
§ 2. Égalité de droit et égalité de fait.	39
<i>Section III. — L'interprétation du principe d'égalité par la jurisprudence allemande (n° 24)</i>	40
<i>Chapitre II. — L'APPLICATION DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ DES ÉPOUX AU DROIT DE LA FAMILLE (nos 25-37)</i>	43
<i>Section I. — La tendance au maintien de la famille hiérarchique (nos 26-28)</i>	44
§ 1. — L'unité et la stabilité familiales, fondements de la hiérarchie dans la famille (nos 26-27)	44
§ 2. — L'influence de cette tendance en Allemagne (n° 28).	46
<i>Section II. — L'égalité, fondement nouveau du droit de la famille (nos 29-36)</i>	48
§ 1. — Le principe d'égalité n'a pas pour but de détruire la communauté conjugale (nos 30-31)	48
§ 2. — L'influence du principe d'égalité dans les législations étrangères (nos 32-36)	50
<i>A. — L'application de l'égalité des époux au droit matrimonial allemand</i>	50
<i>B. — Les législations scandinaves</i>	52
<i>C. — Les législations socialistes</i>	52
<i>Conclusion n° (37)</i>	54

DEUXIÈME PARTIE

L'APPLICATION DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ AUX RAPPORTS PERSONNELS DES ÉPOUX	55
<i>Titre I. — UNE FAMILLE SANS CHEF (nos 39-75)</i>	57
<i>Chapitre préliminaire. — LA COMMUNAUTÉ DE VIE, FONDEMENT DE LA FAMILLE (nos 39-40)</i>	57
<i>Chapitre I. — LA DIRECTION DU MÉNAGE APPARTIENT AUX DEUX ÉPOUX</i>	61
<i>Section I. — Le principe de solidarité et la qualification des rapports juridiques entre époux (nos 41-44)</i>	61
<i>Section II. — Les conséquences juridiques : la solution des conflits conjugaux (nos 45-49)</i>	64
<i>Chapitre II. — LE CHOIX DE LA RÉSIDENCE DU MÉNAGE (nos 50-59)</i>	71
<i>Section I. — État des droits français et allemand (avant la réforme) (nos 50-53)</i>	71
§ 1. — Le principe (nos 50-51)	71
§ 2. — La valeur pratique de ce principe (nos 52-53)	72
<i>Section II. — Le principe d'égalité des époux et le choix de la résidence du ménage (nos 54-59)</i>	75
<i>Chapitre III. — LES DROITS DES PÈRE ET MÈRE A L'ÉGARD DE LEURS ENFANTS COMMUNS (nos 60-74)</i>	81
<i>Section I. — Évolution des droits français et allemand (nos 61-64)</i>	81
§ 1. — En France (nos 61-63)	81
§ 2. — En Allemagne (n° 64)	83
<i>Section II. — L'application du principe d'égalité des père et mère (nos 65-74)</i>	84

§ 1. — Le droit jurisprudentiel de 1953 à 1957 (n ^{os} 66-67)	84
§ 2. — La loi d'égalité et l'attitude de la Cour constitutionnelle (n ^{os} 68-72)	86
§ 3. — Exemple de conflit : la religion de l'enfant (n ^{os} 73-74)	92
Titre II. — LA SITUATION JURIDIQUE DE LA FEMME MARIÉE (n ^{os} 75-131)	95
Chapitre I. — LE PROBLÈME DU NOM DE LA FEMME MARIÉE (n ^{os} 76-89)	97
Section I. — État des droits français et allemand (n ^{os} 76-80)	97
§ 1. — En droit français (n ^o 78)	98
§ 2. — En droit allemand (n ^{os} 79-80)	100
Section II. — L'égalité des époux et le nom de la femme mariée (n ^{os} 81-89)	102
§ 1. — Le problème (n ^{os} 81-82)	102
§ 2. — L'application en Allemagne du principe d'égalité des époux et le nom de la femme mariée (n ^{os} 83-89)	104
A. — Les solutions jurisprudentielles	105
B. — Les solutions légales	107
Chapitre II. — LE DOMICILE DE LA FEMME MARIÉE (n ^{os} 90-100)	111
Section I. — Le droit d'avoir un domicile indépendant (n ^{os} 20-24)	113
Section II. — L'exercice de ce droit (n ^{os} 95-96)	115
Section III. — Quels intérêts la femme mariée peut-elle avoir à créer un domicile séparé? (n ^{os} 97-100)	116
Chapitre III. — LE CHOIX ET L'EXERCICE PAR LA FEMME D'UNE PROFESSION SÉPARÉE (n ^{os} 101-105)	121
Section I. — Le problème social et familial du travail de la femme (n ^{os} 101-105)	121
§ 1. — Données statistiques (n ^o 102)	121
§ 2. — Analyses sociologique (n ^o 103)	123
§ 3. — État du droit (n ^{os} 104-105)	124
Section II. — Le principe d'égalité et la profession de la femme (n ^{os} 106-115)	126
§ 1. — Le droit personnel de la femme à l'exercice d'une profession (n ^{os} 107-112)	127
A. — La garantie du droit de la femme	127
B. — La portée du droit de la femme	131
§ 2. — Le contrôle judiciaire (n ^o 113)	133
§ 3. — Les gains professionnels de la femme (n ^o 114)	134
§ 4. — Conclusion (n ^o 115)	135
Chapitre IV. — LA GESTION DU MÉNAGE ET LE POUVOIR DOMESTIQUE (n ^{os} 116-131)	137
Section I. — La séparation des fonctions dans le ménage (n ^{os} 117-119)	138
Section II. — L'indépendance de la femme (n ^{os} 120-122)	141
§ 1. — Le principe (n ^o 120-121)	141
§ 2. — Importance de la question en droit allemand (n ^o 122)	143
Section III. — Le pouvoir domestique (n ^o 123-131)	144
§ 1. — Le fondement et la nature juridique (n ^{os} 123-124)	144
§ 2. — L'égalité des époux et le pouvoir domestique (n ^{os} 125-131)	147
A. — Entre époux	148
B. — A l'égard des tiers	149
C. — Les solutions légales et jurisprudentielles, françaises et allemandes	150
CONCLUSION (n ^{os} 132-137)	154
1 ^o Les droits de la personne dans le mariage	154
2 ^o La nature des droits des époux	157

TROISIÈME PARTIE

L'APPLICATION DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ AUX RAPPORTS PATRIMONIAUX DES ÉPOUX . . .	161
<i>Titre I.</i> — LES EFFETS PÉCUNIAIRES GÉNÉRAUX DU MARIAGE ET LA SOLIDARITÉ DES ÉPOUX (n ^{os} 139-166)	163
<i>Chapitre I.</i> — LA COLLABORATION DES ÉPOUX AUX CHARGES DU MÉNAGE (n ^{os} 140-147)	165
<i>Section I.</i> — Le droit français (n ^{os} 141-143)	165
§ 1. — Le devoir de secours entre époux	166
§ 2. — Le devoir de secours des parents à l'égard des enfants (n ^o 143)	167
<i>Section II.</i> — Le droit allemand (n ^{os} 144-147)	167
§ 1. — La réciprocité du devoir d'entretien (n ^o 144)	167
§ 2. — L'obligation de la femme de travailler (n ^o 145-147)	168
<i>Chapitre II.</i> — LE DEVOIR DE COLLABORATION PROFESSIONNELLE ENTRE ÉPOUX (n ^{os} 148-158)	171
<i>Section I.</i> — La réciprocité de l'assistance professionnelle (n ^{os} 149-150)	172
§ 1. — Le droit français (n ^o 149)	172
§ 2. — Le droit allemand (n ^o 150)	173
<i>Section II.</i> — La nature juridique de la collaboration professionnelle et ses effets pécuniaires (n ^{os} 151-158)	174
§ 1. — La collaboration professionnelle et le contrat de travail (n ^{os} 153-154)	176
<i>A.</i> — Le droit français	176
<i>B.</i> — Le droit allemand	177
§ 2. — La collaboration professionnelle et les sociétés entre époux (n ^{os} 155-158)	178
<i>A.</i> — Le droit allemand	178
<i>B.</i> — Le droit français	180
<i>Chapitre III.</i> — LES PRÉSUMPTIONS DE PROPRIÉTÉ (n ^{os} 159-166)	185
<i>Section I.</i> — Les présomptions de propriété en droit français (n ^{os} 160-162)	185
§ 1. — Les présomptions conventionnelles (n ^o 161)	186
§ 2. — Les présomptions légales (n ^o 162)	187
<i>Section II.</i> — Les présomptions de propriété en droit allemand (n ^{os} 163-166)	187
§ 1. — Le fondement des présomptions muciennes (n ^o 164)	188
§ 2. — La réciprocité des présomptions légales de propriété (n ^{os} 165-166)	189
<i>Titre II.</i> — L'ÉGALITÉ DES ÉPOUX DANS LES RÉGIMES MATRI- MONIAUX (n ^{os} 167-232)	191
<i>Chapitre préliminaire.</i> — LES CARACTÉRISTIQUES GÉNÉRALES DES RÉGIMES MATRIMONIAUX (n ^{os} 169-179)	193
§ 1. — La destination du régime matrimonial (n ^{os} 170-171)	194
§ 2. — Les interférences du régime juridique des biens et des pouvoirs des époux (n ^{os} 172-174)	195
§ 3. — Les principes fondamentaux du droit matrimonial des biens (n ^{os} 175-179)	196
<i>Chapitre I.</i> — LES TENDANCES ACTUELLES EN MATIÈRE DE RÉGIMES MATRI- MONIAUX (n ^{os} 180-193)	201
<i>Section I.</i> — L'égalité des époux (n ^{os} 181-184)	202

<i>Section II.</i> — La protection du patrimoine familial (n ^{os} 185-107) . . .	204
<i>Section III.</i> — La nécessité d'une réforme française du régime matrimonial légal (n ^{os} 188-193)	207
<i>Chapitre II.</i> — LA RÉFORME DU RÉGIME MATRIMONIAL LÉgal EN DROIT ALLEMAND (n ^o 194)	213
<i>Section I.</i> — Le droit allemand jusqu'à la réforme de 1957 (n ^{os} 195-197) . . .	213
§ 1. — Le Code civil (n ^o 195)	213
§ 2. — L'application jurisprudentielle du principe d'égalité (n ^{os} 196-197) . . .	214
<i>Section II.</i> — La Zugewinnngemeinschaft, nouveau régime légal allemand (n ^{os} 198-220)	216
§ 1. — La séparation et la gestion des patrimoines pendant le mariage (n ^{os} 199-208)	217
A. — Le principe	217
B. — Les limitations au droit de disposition	218
a) La disposition de la totalité des biens	219
1 ^o Le domaine du § 1365	220
2 ^o L'opposabilité aux tiers	221
b) La disposition des meubles du ménage	222
§ 2. — La dissolution du régime matrimonial légal (n ^{os} 209-220)	224
A. — La dissolution du régime par divorce	224
a) La détermination du patrimoine initial et du patrimoine final (§§ 1373-1375 BGB)	225
b) L'évaluation des biens	226
c) Le partage des bénéfices	227
B. — La péréquation anticipée des bénéfices	228
a) La péréquation en cas de séparation de fait	228
b) Les autres cas de péréquation anticipée	229
C. — La dissolution du régime matrimonial légal par la mort de l'un des époux	229
<i>Section III.</i> — Appréciation critique du régime légal allemand de la Zuge- winnngemeinschaft (n ^{os} 221-223)	230
§ 1. — Le fonctionnement du régime pendant le mariage (n ^o 222)	231
§ 2. — La dissolution (n ^o 223)	233
<i>Chapitre III.</i> — LES MODIFICATIONS APPORTÉES AUX RÉGIMES CONVENTIONNELS (n ^{os} 224-230)	235
<i>Section I.</i> — Le régime de communauté (n ^o 225)	236
§ 1. — La gestion commune des biens communs (n ^o 227)	237
§ 2. — La gestion des biens communs par un seul époux (n ^o 228)	238
§ 3. — Appréciation critique du régime allemand de communauté (n ^{os} 229- 230)	239
<i>Section II.</i> — Le régime de la séparation de biens (n ^o 231)	240
CONCLUSION (n ^o 232)	240
CONCLUSION (n ^{os} 233-240)	242
BIBLIOGRAPHIE	249
TABLE DES MATIÈRES	257

LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
PARIS

Dépôt légal : 4^e trim. 1964, n^o éd. : 980

Printed in France

IMPRIMERIE ALENÇONNAISE

Place Poulet-Malassis
ALENÇON (Orne)

Dépôt légal : 4^e trim. 1964, n^o d'ordre 7.080

